DAS

EDICTUM PERPETUUM

EIN VERSUCH
zu
SEINER WIEDERHERSTELLUNG

MIT DEM
FÜR DIE SAVIGNY-STIFTUNG AUSGESCHRIEBENEN PREISE GEKRÖNT

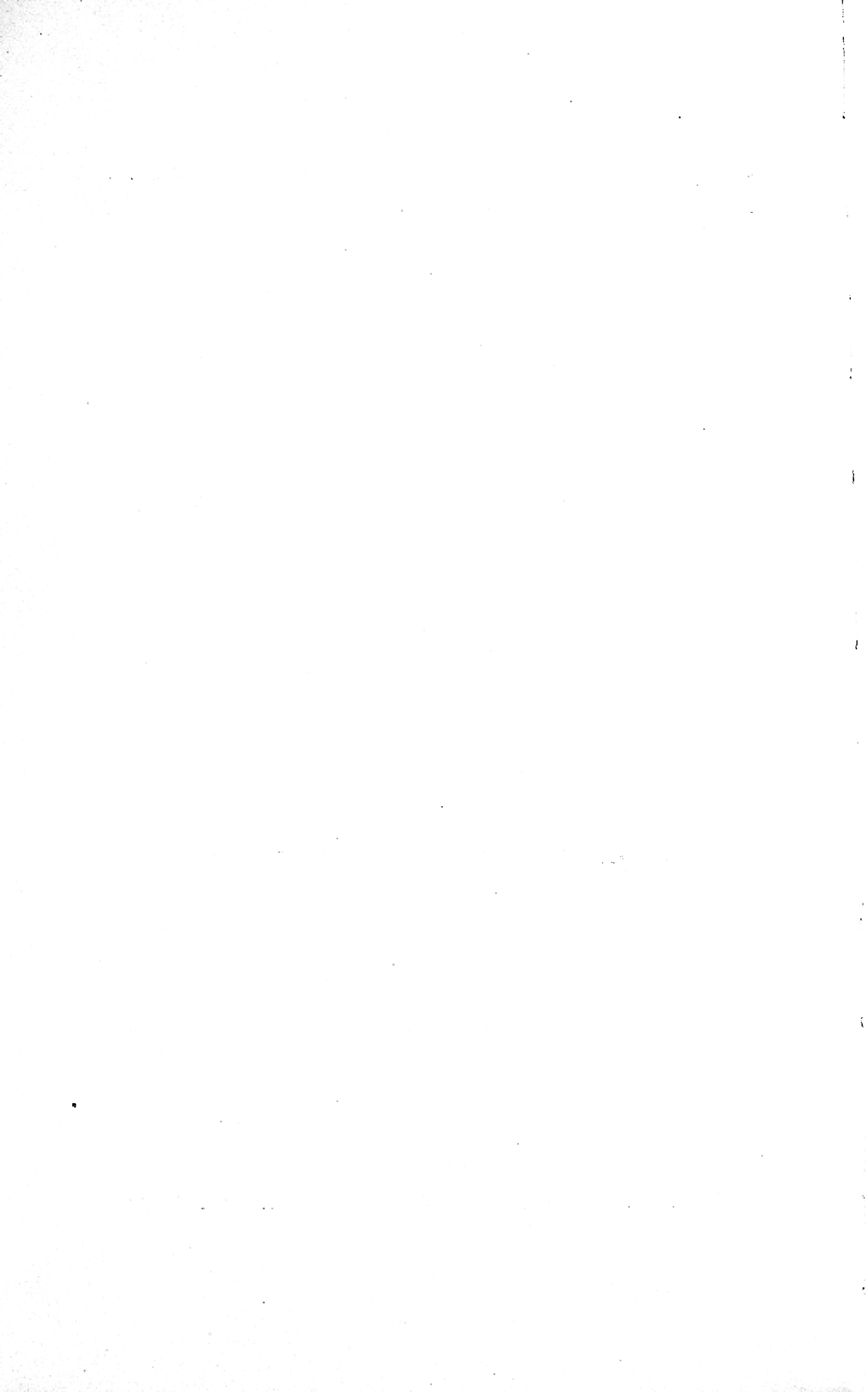
VON
OTTO LENEL
PROFESSOR DER RECHTE



DRITTE, VERBESSERTE AUFLAGE



LEIPZIG
VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ
1927



MORIZ WLASSAK

DEM FORSCHER UND DEM FREUNDE

IN DANKBARER ERINNERUNG AN DIE ZEIT

GEMEINSAMEN WIRKENS

GEWIDMET

Vorwort zur dritten Auflage

Ich habe mich bemüht, diese neue Auflage dem gegenwärtigen Stand der romanistischen Forschung anzupassen. Gar manches Problem wurde von neuem durchdacht, der weit zerstreuten Literatur nach Möglichkeit nachgegangen. Lückenlose Vollständigkeit in deren Benutzung war freilich kaum zu erreichen. Nicht bloß wegen ihres großen Umfangs, sondern auch weil während des Weltkriegs der literarische Verkehr zwischen den Gelehrten der kriegführenden Staaten aufgehört hatte und auch heute noch zu beiderseitigem Schaden nicht überall wieder aufgenommen worden ist. Was mir früher gewissermaßen von selbst auf den Schreibtisch flog, habe ich zum Teil mühsam zusammensuchen müssen. Wohl möglich, daß mir infolgedessen diese oder jene Arbeit entgangen ist; doch bitte ich zu beachten, daß ich mir im Zitieren, ebenso wie auch in der Polemik absichtlich gewisse Schranken auferlegt habe. Man wird vielleicht finden, daß demgegenüber die Polemik gegen Rudorffs Edikt, die zur Zeit der ersten Auflage begreiflich gewesen sei, in dem Buch trotz mancher Abschwächung immer noch eine zu große Rolle spiele. In der Tat habe ich erwogen, ob ich sie nicht mehr als geschehen zurücktreten lassen solle. Ich bin davon abgekommen, weil ich mir sagte, daß gerade sie das Verhältnis des Buches zu dem früheren Stand der Wissenschaft am besten erkennen lasse.

Besondere Aufmerksamkeit verlangte die Interpolationenforschung. Wenn ich auch nicht alle Extravaganzen neuesten Datums mitmache, so glaube ich doch, der Leser wird sich überzeugen, daß ich nicht, wie vor kurzem ein italienischer Gelehrter meinte, gewissermaßen Angst vor den Konsequenzen meiner eigenen Forschung habe. Selbstverständlich mußte ich darauf verzichten, meine Stellungnahme zu Interpolationsfragen überall zu begründen; aus diesem einen Bande wären sonst mindestens drei geworden. Der Kundige wird meine Gründe, auch wo sie nicht ausgesprochen sind, meist unschwer erraten. Angemerkt habe ich Interpolationen übrigens i. d. R. nur da, wo mir dies für den Zweck dieses Buchs bedeutsam schien.

Bei den Zitaten habe ich mich der üblichen Abkürzungen bedient (ZRG = Zschr. f. Rechtsgeschichte, SZ = Savigny-Zeitschr. rom. Abt., bullett. oder bull. = bullettino dell' istituto di dir. rom., riv. Ital. = riv. Ital. per le scienze giurid., Fil. = Filangieri, Mnem. = Mnemosyne N.S., NRH = nouv. revue historique de dr. franç. et étr., RH deren Fortsetzung seit 1922, Tijdschrift = Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis). Die mancherlei Festgaben

sind nur mit den Namen der Gefeierten bezeichnet, z. B. Festgabe Sohm (1910), studi Scialoja (1905), Moriani (1905), Fadda (1906), mél. Girard (1912), Fitting (1908), Cornil (1926) usw., die Akademieschriften als Heidelb. Sitzungsberichte, atti, memorie, rendiconti Bologna, Lincei, Torino, Ven. usw., die besonders oft anzuführenden rendiconti dell' ist. Lombardo kurzweg als I. L. Mitunter habe ich nach Sonderabzügen zitiert und, da wo mir eine Zeitschrift oder ein Sammelwerk nicht zugänglich war, zitieren müssen. Auch manche Bücher mit besonders umfangreichem Titel sind der Raumersparnis halber abgekürzt angeführt, so z. B. Biondis Studi sulle actiones arbitrariae etc. meist einfach als Studi. Die Nummern bei Namen römischer Juristen sind die meiner Palingenesie (Pal. oder Paling.). Ich hoffe, alle diese Abkürzungen werden dem einigermaßen Literaturkundigen keine Schwierigkeiten bereiten.

Mehrfach geäußertem Wunsch entsprechend habe ich ein Quellenverzeichnis beigegeben, das aber, wie ich ausdrücklich bemerken möchte, durchaus der Ergänzung durch die Palingenesie bedarf.

Freiburg i. Br., im April 1927 Der Verfasser

Vorwort zur zweiten Auflage

Der Verfasser einer rechtsgeschichtlichen Untersuchung darf es als ein seltenes Glück begrüßen, wenn es ihm vergönnt ist, die Ergebnisse seiner Forschung in einer zweiten Auflage einer Revision zu unterziehen. Als vor mehr als zehn Jahren die französische Übersetzung dieses Buchs in Angriff genommen wurde,[1] wagte ich nicht zu hoffen, daß mir dies Glück zuteil werden würde, und glaubte darum die Gelegenheit nutzen zu sollen, um wenigstens das bereite Material zu verwerten, das sich bei mir angesammelt hatte. Umstände, die ich in der Vorrede zur Übersetzung dargelegt habe, machten es mir damals unmöglich, ganze Arbeit zu leisten, und so hätte ich jene halbe vielleicht besser unterlassen. Immerhin kam sie mir als Vorarbeit für die gegenwärtige Neuauflage zustatten. Ich habe vieles daraus herübernehmen können; doch wird sich der Leser überzeugen, daß gar manche neue Ausführung hinzugetreten, da und dort damals noch Festgehaltenes aufgegeben, mitunter auch allzu rasch Aufgegebenes wieder aufgenommen, überhaupt der Gesamtinhalt des Buchs einer durchgreifenden Nachprüfung unterworfen worden ist. Der Hauptstock blieb freilich bei alledem bestehen. Soviel auch die moderne Quellenforschung seither zur Aufhellung des klassischen Rechts beigebracht hat — dank dem methodischen

[1] Erschienen unter dem Titel „Essai de reconstitution de l'édit perpétuel, ouvr. trad. en franç. par Frédéric Peltier" I (1901), II (1903).

Bestreben, die Digestentexte möglichst überall auf die ursprünglichen Zusammenhänge und den ursprünglichen Wortlaut zurückzuführen, —: das für die Ediktrekonstruktion verfügbare Material war schon in der 1. Aufl. in der Hauptsache erschöpfend benutzt, so daß es sich nur um eine allerdings nicht unbedeutende Nachlese handeln konnte.

Möge dies Buch auch in seiner neuen Gestalt, trotz der Ungunst der Zeiten, bei Solchen, denen die Pflege des römischen Rechts noch am Herzen liegt, freundliche Aufnahme finden!

Straßburg, im September 1907

Vorwort zur ersten Auflage

Die Arbeit, die ich hiermit der Öffentlichkeit übergebe, ist veranlaßt durch ein Preisausschreiben, das die Kgl. bayerische Akademie der Wissenschaften seinerzeit für die Savigny-Stiftung erlassen hat. Es war darin die Aufgabe gestellt, die Formeln des edictum perpetuum (Hadriani) in ihrem Wortlaut und ihrem Zusammenhange nach Möglichkeit wiederherzustellen; als wesentlichstes Hilfsmittel zur Lösung dieser Aufgabe waren in dem Ausschreiben selbst die Ediktkommentare bezeichnet.[1] Mein Plan ging indes von Anfang an nicht unwesentlich über dies gesetzte Ziel hinaus. Frühere Studien im Gebiet der Ediktkommentare hatten mir die Überzeugung verschafft, daß die bei deren Durchforschung zu gewinnenden Ergebnisse nicht ausschließlich oder auch nur vorzugsweise der Rekonstruktion der Formeln zugute kommen würden, ja ich war sogar geneigt, das in letzterer Hinsicht wirklich zu Erreichende zu unterschätzen. So richtete ich denn von vornherein mein Augenmerk auf eine Restitution des edictum perpetuum im ganzen. Ferner aber glaubte ich, die Durcharbeitung der Ediktkommentare nicht als bloßes Mittel zum Zweck betreiben zu sollen. Ich war bestrebt, mir, wo möglich, über die ursprüngliche Beziehung jedes einzelnen erhaltenen Fragments dieser Werke klar zu werden, und habe, was ich hier fand, meinem Buche einverleibt, auch wo es für den Rekonstruktionszweck ohne Erheblichkeit ist. Dasselbe enthält daher eine vollständige Palingenesie der Kommentare des Ulpian, Paulus und Gaius, wie auch der Digesten Julians, soweit dieselben dem Ediktsystem folgen; man wird unter jeder Rubrik die zugehörigen Bruchstücke dieser Werke zusammengestellt und, wo der ursprüngliche Zusammenhang nicht ohne weiteres klar ist, denselben, sei es in den Noten, sei es im Text, angedeutet finden.

. . . .

. . . .

[1] Den Wortlaut siehe in der SZ 1 S. XX.

Hinsichtlich der Prinzipien, von denen ich bei der Rekonstruktion ausging, glaubte ich in einem Hauptpunkte von Rudorff abweichen zu müssen: ich halte unbedingt und durchweg daran fest, daß jede Rekonstruktion wertlos ist, der es an einer quellenmäßigen Basis fehlt. Auch Rudorff folgt diesem Grundsatz, soweit es sich um die Edikte handelt; aber er verläßt ihn bei der Rekonstruktion der Formeln. „Mihi igitur", sagt er,[1] „cum persuasum habeam in formulis ordinariis summam rei positam esse, . . . uisum fuit in hac parte audendum non nihil esse", und so hat er denn in der Tat eine große Menge von Formeln frei erfunden. Das Bedenkliche dieses Verfahrens liegt auf der Hand. Je wichtiger die Kenntnis des Originalwortlauts der Formeln für uns ist, desto größere Zurückhaltung ist bei der Rekonstruktion geboten, desto unerlaubter also ein „audere non nihil".[2] Ich habe daher auch die Formeln, sei es ganz, sei es teilweise, nur da rekonstruiert, wo sich für diese Rekonstruktion Anhaltspunkte in den Quellen fanden.[3] Daß ich mich nicht immer auf bloße Anführung dieser Anhaltspunkte beschränkte, sondern eigentliche Rekonstruktionen versuchte, bei denen es ganz ohne Hypothesen nicht abgeht, wird mir hoffentlich nicht zum Vorwurf gemacht werden: eine solche Rekonstruktion gewährt ein anschauliches Gesamtbild der zerstreut gefundenen Ergebnisse und ist überdies, wenn sie in einleuchtender Weise gelingt, eine Art Probe auf die Richtigkeit dieser Ergebnisse. Einen hierüber hinausgehenden Wert beanspruche ich für diese Versuche nicht.

Ein Bedenken gegen Rudorff meine ich hier noch besonders hervorheben zu sollen. In sehr vielen Fällen ist uns das Edikt, auf Grund dessen eine actio erteilt wurde, erhalten oder doch wiederherzustellen, während über die Konzeption der Formel nichts überliefert ist. Die Tatsache ist begreiflich genug, da ja gerade die auf die Formeln bezüglichen Abschnitte der klassischen Ediktkommentare für die Kompilatoren Justinians großenteils unpraktisches Material enthielten und daher notwendig stark beschnitten werden mußten. Nichts ist hier nun leichter, als vermöge einiger stilistischer Umänderungen und eines vorausgestellten si paret aus dem überlieferten Edikt eine formula in factum concepta zu gewinnen, und wirklich sind auf diesem Wege eine erkleckliche Zahl Rudorffscher Formeln entstanden. Ich habe in solcher Lage grundsätzlich der Versuchung, die Formel zu rekonstruieren, widerstanden. Der Edikttext kann nämlich keineswegs als eine bis ins Detail zuverlässige Anleitung für die Herstellung des Formeltexts gelten. Selbst unter den wenigen Beispielen, wo wir imstande sind, den

[1] EP (mit diesen Buchstaben zitiere ich Rudorffs de iurisdictione edictum 1869) 2. Vgl. denselben, ZRG 3, 52.

[2] Vgl. meine Abhandl. in der SZ 2, 15 f., wo ich mich über Rudorffs Verfahren bereits hinreichend ausgesprochen habe.

[3] Nur vereinzelt bin ich hiervon zu kritischem Zwecke abgewichen: ich glaubte bisweilen, eine von andern vorgeschlagene Rekonstruktion am schlagendsten dadurch widerlegen zu können, daß ich zeigte, wie sie besser zu machen sei. Es versteht sich, daß ich solchenfalls meiner eigenen Rekonstruktion keinen positiven wissenschaftlichen Wert beilege.

authentischen Edikttext mit dem authentischen Formeltext zu vergleichen, ist mehr als eines, wo dieser von jenem abweicht. Das Edikt de in ius uocando in fr. 4 § 1 h. t. (2. 4) hat die Worte „*in ius sine permissu meo ne quis uocet*": die entsprechende Formel hei Gai. IV, 46 hat „*s. p. . . . contra edictum illius praetoris in ius uocatum esse*". Das Edikt über das Depositum hat „*quod . . . depositum sit*", die in factum konzipierte Formel bei Gai. IV, 47 fügt hinzu „*eamque dolo malo* N^i N^i A^o A^o *redditam non esse*". Das Injurienedikt „*ne quid infamandi causa fiat*" ist generell gefaßt, die Formel[1] spezialisiert die Injurie. Diese Exempel ließen sich leicht vermehren. Zugegeben, daß es sich hier überall nur um kleine Abweichungen vom Edikttext handelt, so sind es doch zweifellos gerade diese kleinen Abweichungen, um derentwillen es für uns von Wert ist, neben dem Edikttext auch den Formeltext sicher überliefert zu besitzen. Was soll uns also eine Rekonstruktion, die in dem einzigen Punkt, wo sie von Interesse sein könnte, — hinsichtlich der Frage nämlich, ob die Formel das Edikt kopiert oder nicht, — ohne Zuverlässigkeit ist? Ganz gewiß ist hier der Wissenschaft durch Ausübung der ars ignorandi besser gedient.

Innerhalb der im obigen gesteckten Grenzen halte ich den Versuch, dem Wortlaut der Edikte und Formeln nachzuspüren, für ein die Wissenschaft förderndes Unternehmen und rede nicht bloß pro domo, wenn ich der neuerdings von Wlassak[2] aufgestellten entgegengesetzten Meinung entschieden widerspreche. Wlassak gibt zu, daß die Auffindung eines echten Exemplars des prätorischen Albums unsere Kenntnis des römischen Rechts sehr wesentlich erweitern würde. Mit den rekonstruierten Formeln verhalte sich dies aber anders; diese seien ja doch nur unsere eigenen, mit Hilfe der Quellen erzeugten Geschöpfe, und es heiße sich im Kreise bewegen, wenn man mit Zugrundelegung derartiger Klageformeln einen Quellentext interpretieren wolle. Ich kann diese Bemerkung in keiner Weise für zutreffend halten. In sehr vielen Fällen ist es möglich, den wesentlichen Wortlaut verloren gegangener Edikte und Formeln aus den Kommentaren bis zu völliger Evidenz nachzuweisen: hier hat die Rekonstruktion offenbar denselben Wert wie die authentische Überlieferung. Aber auch wo die Wiederherstellung es nur bis zur Wahrscheinlichkeit bringt, steht sie doch an wissenschaftlichem Wert jeder andern wahrscheinlichen Hypothese gleich und darf daher auch wie diese zur Interpretation zweifelhafter Quellentexte verwendet werden. Den Zirkel, von dem Wlassak spricht, vermag ich nicht zu entdecken. Gelingt es, einem Kommentarabschnitt die Worte abzusehen, die seine Unterlage bilden, so scheint mir einleuchtend, daß die gewonnene Erkenntnis für das Verständnis dieses Kommentarabschnitts selber förderlich sein muß, und nicht bloß dieses Kommentarabschnitts, sondern möglicherweise auch für das anderer Quellenzeugnisse. . . . . . .

Die von mir gewählte Anordnung des Stoffs ist folgende. Ich gebe

[1] Coll. II, 6 § 5. S. unten S. 401.

[2] Edict und Klageform (1882) 4f.

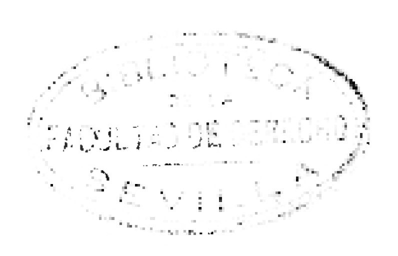
zunächst (S. XVIff.) zum Zweck der Orientierung, auf Grund der gefundenen Ergebnisse, eine Übersicht des Edikts nach Titeln und Unterrubriken, denen ich die Ziffer der auf sie bezüglichen Bücher der vier großen Ediktwerke beifüge. Hieran schließt sich als erster Teil des Werks eine Abhandlung über das Ediktsystem in vier Kapiteln. Das erste einleitende handelt von den Hilfsmitteln für die Feststellung der Materienfolge des Edikts. Das zweite betrachtet das Edikt als Ganzes und beantwortet die Frage, ob dasselbe als Kodifikation eines bestimmten Rechtsteils gelten kann. Das dritte stellt die Hauptabschnitte des Edikts nach Umfang und Charakter fest. Das vierte verfolgt das Ediktsystem im Detail, den Zusammenhang der einzelnen Titel und der Rubriken innerhalb der Titel. Der zweite Teil des Werks enthält in einer Reihe von Exkursen (§§) alles auf die Rekonstruktion der Edikte und Formeln Bezügliche. Auf den ersten Blick scheint es natürlicher, diese Exkurse, deren Ergebnisse dem ersten Teil zugrunde liegen, diesem vorausgehen zu lassen. Allein es blieb mir zu bedenken, daß auch die Ausführungen über System und Titel des Edikts ihrerseits mehr als einmal für die im besondern Teil aufgestellten Vermutungen präjudiziell sind, insofern sie die Wahrscheinlichkeit dieser Vermutungen erhöhen oder sie doch gegen den Vorwurf der Unwahrscheinlichkeit schützen. Ich hätte also, wenn ich den besondern Teil vorausnahm, an sehr vielen Stellen auf die allgemeinen Ausführungen vorgreifen müssen, was für den Leser weit unbequemer gewesen wäre, als die Zumutung, sich bei der Lektüre des allgemeinen Teils, soweit notwendig, durch Nachschlagen in den Exkursen über die Authentizität der von mir aufgestellten Rubriken zu vergewissern.

Die vier großen Ediktwerke — Ulpian. ad edictum, Paul. ad edict., Gai. ad ed. prouinc., Iulian. digesta — sind durchweg nur mit den Namen der Juristen zitiert.... In den wiederhergestellten Edikten und Formeln habe ich die eigentlich rekonstruierten Stücke, für deren Wortlaut nicht bis ins einzelne eingestanden werden kann, kursiv drucken lassen. Ebenso sind auch diejenigen Titel und Rubriken, die ich nicht in den Digesten oder sonstwo in den Quellen vorgefunden habe, kursiv gedruckt; doch bemerke ich ausdrücklich, daß damit keine Garantie übernommen sein soll, daß die übrigen Titel und Rubriken sämtlich wörtlich so im Album standen. Eine derartige Feststellung ist nur bei verhältnismäßig wenigen Titeln und Rubriken möglich, wo dies immer ausdrücklich angemerkt ist. Hinsichtlich vieler andern ist es zwar wahrscheinlich, aber nicht strikt zu beweisen, daß sie von den klassischen Juristen, denen die Kompilatoren sie entnahmen, aus dem Album kopiert sind. Bei den Literaturzitaten habe ich es nicht auf Vollständigkeit abgesehen. Die Anlage eines Museums aller der Erzeugnisse, die der Rekonstruktionstrieb in zahllosen Doktordissertationen und andern Schriften zutage gefördert hat, dürfte von keinem wissenschaftlichen Interesse sein. Das wirklich Wertvolle in der Literatur aufzusuchen

und zu benutzen war ich eifrig bestrebt. Gleichwohl fürchte ich, manches übersehen zu haben: ein derart an tausend Orten zerstreutes Material in Vollständigkeit zu sammeln, wäre ohne jahrelange speziell darauf gerichtete Vorarbeit nicht möglich gewesen, eine Vorarbeit, deren Ergebnisse schwerlich mit der aufgewandten Mühe im Verhältnis gestanden hätten. . . . Der Revision der Quellenzitate habe ich besondere Sorgfalt gewidmet; man wird, wie ich hoffe, Fehler hier nur vereinzelt finden.

Zum Schlusse sei mir gestattet der Kgl. bayerischen Akademie der Wissenschaften für die hohe Ehre, deren sie dies Buch gewürdigt, und ihrem Referenten, Herrn Prof. von Brinz, für die so wohlwollende Begutachtung desselben an dieser Stelle meinen warm empfundenen Dank auszusprechen.

Kiel, im Februar 1883



Inhaltsverzeichnis

Übersicht des Edikts

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
	135	: Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur	38	39	13		333
	136	: Furti aduersus nautas caupones stabularios	38				333
	137	: Si familia furtum fecisse dicetur	38	39	13	22	335
	138	: *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur*	38		13		335
	139	: Arborum furtim caesarum	38	39	13		337
XXIV		: De iure patronatus	38	40	14	22	338
	140	: De operis libertorum	38	40	14	22	338
	141	: Si ingenuus esse dicetur	38				341
XXV		: De bonorum possessionibus	39–49	41–44	14–17	23–28	342
		A. Si tabulae testamenti extabunt non minus quam VII testium signis signatae	39	41		23	342
	142	: De bonorum possessione contra tabulas	39. 40	41	14	23	343
	143	: De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita	40	41		23	344
	144	: De collatione bonorum	40	41		23	345
	145	: De dotis collatione	40		14		346
	146	: De coniungendis cum emancipato liberis eius	40	41			347
	147	: De uentre in possessionem mittendo et curatore eius	41	41	14	24	347
	148	: Edictum Carbonianum	41	41		24	348
	149	: De bonorum possessione secundum tabulas	41	41	15	24	348
	150	: De bonis libertorum	42. 43	42	15	25. 26	349
	151	: Si quid in fraudem patroni factum sit	44	42		26	352
	152	: *De liberis patroni*	44		15	26	353
	153	: *Quibus bonorum possessio liberti non datur*	45	42		26	353
	154	: Si a parente quis manumissus sit	45		15		354
	155	: De bonorum possessione ex testamento militis	45	43	15	27	354
		B. Si tabulae testamenti nullae extabunt	46				355
	156	: *Unde liberi*	46			27	355
	157	: *Unde legitimi*	46	43		27	356
	158	: *Unde cognati*	46		16	27	356
	159	: *Unde familia patroni*	46		16	27	357
	160	: *Unde patronus patroni*					358
	161	: *Unde uir et uxor*	47				359
	162	: *Unde cognati manumissoris*	47				359
	162[a]	: *De postumis*	47				359
		C. *Clausulae generales*					360
	163	: Quibus non competit bonorum possessio	48	44		28	360
	164	: Ut ex legibus senatusue consultis bonorum possessio detur	49		17		360
	165	: Quis ordo in possessionibus seruetur	49	44		28	361

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
	196	: *Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*	57	55			402
	197	: *De contrario iniuriarum iudicio*					403
XXXVI	198	: De re iudicata	58	56	22	45	404
XXXVI[a]	199 200	: De confessis *et indefensis*	58	56		45	410
XXXVII	201	: Qui neque sequantur neque ducantur					411
XXXVIII		: Quibus ex causis in possessionem eatur	59-61	57. 58	23	46. 47	413
	202	: *Qui iudicatus proue iudicato erit quiue ita ut oportet defensus non fuerit*	59?			46?	413
	203	: *Qui ex lege Iulia bonis cesserit*	59				414
	204	: *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*	59			46?	415
	205	: Qui fraudationis causa latitabit	59				415
	206	: Qui absens iudicio defensus non fuerit	60	57			415
	207	: Cui heres non extabit	60			46	416
	208	: De iure deliberandi	60	57	23		417
	209 210	: *Si suus heres erit* (1. *pupillus;* 2. *pubes*)	60. 61	58	23	47	418
	211	: *Si heres suspectus non satisdabit*	61				421
	212	: *Qui capitali crimine damnatus erit*			23?		422
XXXIX		: *De bonis possidendis proscribendis uendundis*	61. 62	58. 59	23. 24		423
	213	: *Quemadmodum in possessione esse oporteat*		59?			423
	214	: *De fructu praediorum uendendo locandoue*	61	59			423
	215	: *De administratione et periculo creditorum*	62	59			424
	216	: *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis in possessionem sit*	62	59			424
	217	: *De magistris faciendis bonisque proscribendis et uendundis*	62	59	24		425
XL		: *Quemadmodum a bonorum emptore uel contra eum agatur*	63. 64	60-62	24	47	427
	218	: *De Rutiliana actione*	63	60			427
	219	: *De priuilegiariis creditoribus*	63	60	24		429
	220	: *Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona uenierint, consilium fraudandorum creditorum ceperit*	64				430
	221	: *De actionibus, quae ex ante gesto aduersus fraudatorem competunt*	64	61 (?)			430
	222	: *De Seruiana actione*	64	61 (?)		47	432
	223	: *De separationibus*	64	62 (?)		47	433
XLI		: De curatore bonis dando	65. 66	62	24	47	434
	224	: *De constituendo curatore et administratione eius*	65		24	47	434
	225	: *Quae fraudationis causa gesta erunt*	66	62	24	47	435
XLII	226	: *De sententia in duplum reuocanda*	66	62 (?)			443
XLIII		: De interdictis	67-73	63-68	25. 26	48. 49	446
	227	: Quorum bonorum	67				452

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
	263	: De liberto exhibendo		67 (?)			488
	264	: Utrubi	72	68	26		488
	265	: De migrando	73		26		490
	266	: *Saluianum interdictum*	73				490
	267	: *Seruiana formula*	73	68	26	49	493
	268	: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur	73	68	26	49	495
XLIV		: De exceptionibus	74–76	69–71	29. 30	50. 51	501
	269	: Si quis *uadimoniis* non obtemperauerit	74	69	29		501
	270	: *Litis diuiduae et residuae*			29 (?)		502
	271	: *Si alieno nomine agatur* (*exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae*)	74				502
	272	: *Si ex contractibus argentariorum agatur*	74	69			503
	273	: *Temporis* (*exceptio annalis*)	74				505
	274	: *Ne praeiudicium hereditati fiat*	75			50	505
	275	: Rei iudicatae *uel in iudicium deductae*	75	70	30	51	506
	276	: Rei uenditae et traditae	76				511
	277	: Doli mali et metus	76	71	30	51	512
	278	: Quarum rerum actio non datur	76	71	30		512
	279	: Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur	76	71		51	513
XLV		: De stipulationibus praetoriis	77–81	72–78	27. 28	52–58	514
	280	: *Uadimonium sisti*	77			55	515
	281	: Pro praede litis et uindiciarum	77	74		55	516
	282	: Iudicatum solui	78	75 (?)	27		530
	283	: *De conferendis bonis et dotibus*	79				536
	284	: Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur	79	75			537
	285	: Euicta hereditate legata reddi	79	75			537
	286	: Usufructuarius quemadmodum caueat	79	75			538
	287	: Legatorum seruandorum causa	79	75	27		539
	288	: Rem pupilli [uel adulescentis] saluam fore	79	76	27		540
	289	: Ratam rem haberi	80	76		56	541
	290	: *De auctoritate*	80. 81	76. 77	28	57. 58	542
	291	: Ex operis noui nuntiatione	81				549
	292	: De damno infecto	81	78	28	58	551

Edictum aedilium curulium

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Iul.	Seite
I	293	: De mancipiis uendundis	1 (82)	1. 2 (79. 80)	1. 2 (31. 32)		554
II	294	: *De iumentis uendundis*	2 (83)				565
III	295	: *De feris*	2 (83)	2 (80)			566
	296	: *Stipulatio ab aedilibus proposita*	2 (83)	2 (80)	2 (32)		567

ERSTER TEIL

DAS EDIKTSYSTEM

Erstes Kapitel

Einleitung

Die Feststellung der Materienfolge im Edikt

Wer das edictum perpetuum wiederherzustellen unternimmt, wird nicht umhinkönnen, vorweg zu der Frage Stellung zu nehmen, ob dies Edikt aus der Hand Julians nur in einer oder in mehreren offiziellen Redaktionen — als edictum praetoris urbani, praetoris peregrini und provinciale — hervorgegangen ist. Mir scheint letzteres sicher. Daß man formell die Edikte der beiden Prätoren unterschied, wird unwiderleglich bewiesen[1] durch Gai. I, 6: amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini. Zur Bestätigung dient die Tatsache, daß Gaius libri mit dem Titel „ad edictum praetoris urbani"[2] geschrieben hat, was die Existenz eines zweiten prätorischen Edikts voraussetzt. Es wird dadurch zugleich auch wahrscheinlich, daß die beiden Edikte inhaltlich nicht vollkommen übereinstimmten. Allzuweitgehend wird man sich freilich ihre Differenzen nicht vorstellen dürfen. Wir haben keinerlei sichern Anhalt dafür, daß sich die überlieferten Einzeledikte nicht vollzählig und wesentlich gleichlautend in beiden gefunden hätten. So erklärt es sich wohl auch, daß in der juristischen Literatur — und zwar auch in der Zeit, wo die Peregrinenprätur noch bestand[3] — i. d. R. nur von einem edictum praetoris die Rede ist. Nahe liegt aber die Vermutung, daß allein im Album des Peregrinenprätors diejenigen Formelbildungen standen, die auf die Prozeß-

[1] A. M. Karlowa, RG I, 631. Er beruft sich darauf, daß Gaius ja auch von dem edictum aedilium curulium als fortbestehendem rede, obwohl dieses in der Julianischen Redaktion nur einen Anhang des prätorischen Edikts bilde. Fortbestanden hat es eben gleichwohl. Vgl. Krüger, Gesch. der Quellen[2], 95.

[2] Dies ist die richtige Fassung des Titels und nicht, wie es im index Flor. heißt: „ad edictum urbicum". Von 47 in die Digesten aufgenommenen Stellen tragen 26 die Inskription „ad ed. praetoris urbani", 14 die „ad ed. praetoris", darunter aber 10, in denen der corrector ordinarius des Flor. nachträglich noch „urbani" eingeschoben hat. Die offenbar abgekürzte Fassung „ad ed. urbicum" oder „edicti urbici" findet sich nur in 7 Stellen.

[3] Sie ist über den Anfang des 3. Jahrh. n. Chr. hinaus nicht mehr nachweisbar. Vgl. Mommsen, StR (3. Aufl.) II, 226. Die Übereinstimmung der beiden Edikte dürfte übrigens nicht erst Folge der Julianischen Redaktion gewesen sein, vgl. die Zitate bei v. Velsen, SZ 21, 77; auch in der ἐπιστολή Hadrians BGU nr. 140 wird eine Bestimmung „τοῦ διατάγματος" angezogen, gleich als ob es schon damals nur ein Edikt gegeben hätte. Vgl. auch E. Weiß, Stud. z. d. röm. Rsqu. 103f.

führung von und mit Peregrinen berechnet waren[1]. Ganz ähnlich dürfte es sich mit dem edictum provinciale verhalten. Die Existenz eines solchen ist neuerdings energisch bestritten worden.[2] Diese Bestreitung kann keinesfalls darauf gestützt werden, daß Gai. I, 6 des edictum provinciale keine Erwähnung tut; denn Gaius handelt in seinen Institutionen und so auch an dieser Stelle nur von den iura populi Romani (I, 2), nicht vom Provinzialrecht, auf das er nur gelegentlich verweist, und so begreift sich, daß er l. c. nur die Edikte der beiden Prätoren anführt und lediglich ergänzend hinzufügt: quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent.[3] Umgekehrt spricht für die Existenz eines besondern edictum provinciale[4] entscheidend seine Kommentierung durch Gaius in den libri „ad edictum provinciale“: gegen diese Instanz können m. E. Gegengründe überhaupt nicht aufkommen.[5] So vielseitig, wie uns Cicero (ad Att. VI, 1, 15) den Inhalt seines Provinzialedikts beschreibt, dürfen wir uns allerdings den des Hadrianischen nicht denken; gar vieles von dem, was ehemals der Regelung durch die Provinzialstatthalter überlassen war, war jetzt durch die Kaiser anderweit geordnet.[6] Das Hadrianische Provinzialedikt wird, wie dies auch durch den Kommentar des Gaius bestätigt wird, in der Hauptsache den Inhalt der städtischen Edikte reproduziert haben; dazu aber mußten

[1] Vgl. Gai. IV, 37. Man denke ferner z. B. daran, daß Peregrinen auf ius Quiritium abgestellte Formeln nicht benutzen konnten. Wie stand es mit den auf schlichtes oportere gestellten Formeln solcher actiones ciuiles, die nicht „legibus constitutae“ (Gai. l. c.) waren? Konnten Peregrinen z. B. die gewöhnliche Formel der actio ex stipulatu benutzen? Das ist nicht ganz unzweifelhaft. Ich erinnere daran, daß die Formeln der lex Rubria c. XX auf das Album des Peregrinenprätors verweisen; wenn, wie wahrscheinlich, diese Formeln selbst, trotz der Formularnamen C. Seius und Q. Licinius, der gleichen Quelle entstammen, sollte dann die Aufnahme der Worte ex fide bona in ihre intentio am Ende daraus zu erklären sein, daß man, mindestens damals, ein oportere schlechtweg zugunsten und zulasten von Peregrinen nicht anerkannte? Abweichend Mitteis, röm. PrR I, 66, n. 10a, Arangio-Ruiz, le formule con demonstr. (1912) SA 38² und (m. E. sicher unhaltbar) Biondi, iudicia b. f. I, 257. Gegen die Vermutung von Peters (SZ 32, 222), daß die in (46. 7) 3 § 5 erwähnte Bestimmung nur im Edikt des pr. peregr. gestanden habe, vgl. E. Weiß, Studien 65².

[2] Durch v. Velsen, SZ 21, 73 ff.

[3] Selbstverständlich war das Provinzialedikt auch auf die Rechtsstreitigkeiten römischer Bürger berechnet; zugleich aber mußte es doch auch die Rechtsverhältnisse von Personen und Sachen regeln, die an dem römischen commercium nicht teilhatten. Die Darstellung dieser Rechtsverhältnisse, wenn Gaius sie auch gelegentlich berührt, stand außerhalb des eigentlichen Zwecks seiner Institutionen. Was aber das Provinzialedikt gegenüber denen der beiden Prätoren Besonderes enthielt, gehörte sicher fast ausschließlich diesem Gebiet an.

[4] eines besondern Provinzialedikts. Materiell gab es, von möglichen geringfügigen Partikularismen abgesehen, sicher nur ein Provinzialedikt für alle Provinzen, das aber jeder Statthalter formell als sein Edikt für seine Provinz proponierte. Letzteres ist jetzt durch den von Eger (SZ 32, 378 f.) veröffentlichten Gießener Papyrus sichergestellt. Vgl. E. Weiß, Studien 113 f., Wilcken, SZ 42, 135.

[5] Kniep, Der Rsgel. Gaius 126, meint, Gaius habe nicht ein Julianisches Provinzialedikt, sondern einfach das Edikt einer bestimmten Provinz kommentiert. Die Verschiedenheiten, die er zwischen diesem und dem Julianischen Edikt aufzeigen zu können glaubt, sind m. E. fast durchweg nicht begründet. Zu der ganzen Frage vgl. P. Krüger, Gesch. d. Qu.² 95. Ihm folgt auch die Diss. von Garcia Santiago (el jurisc. Juliano etc. 1915), über die Zocco-Rosa in seinem annuario XV. XVI, 144 berichtet.

[6] Vgl. hierzu E. Weiß, a. a. O., 80.

doch als Sonderbestand die Edikte und Formeln treten, die durch die besondern Verhältnisse der Provinzen gefordert waren,[1] wie z. B. die Edikte über die Konvente und das damit zusammenhängende Vadimonienwesen, die Formeln für die Vindikation von Provinzialgrundstücken, für die Verfolgung von servitutes pactis et stipulationibus constitutae, für die Ordnung des Erbrechts der Provinzialen usw. Außerdem bedurften Edikte, in denen etwa die Beschränkung der prätorischen Kompetenz auf Italien zum Ausdruck kam, einer veränderten Fassung, um sie auf die Provinzen anwendbar zu machen.[2] Wohl begreiflich, daß diese Besonderheiten, die gegenüber der Masse des Gesamtstoffs geringfügig erscheinen mußten, die große Mehrzahl der Juristen nicht veranlassen konnten, Spezialkommentare zum Provinzialedikt zu schreiben; nichts war ja einfacher, als diese wenigen Lehren am gehörigen Ort in die Kommentare ad edictum praetoris einzuschieben. Wenn man sich aber umgekehrt darüber gewundert hat, daß der eine Gaius neben seinem Kommentar zum städtischen Edikt doch auch libri ad edictum provinciale verfaßte, so scheint mir diese Verwunderung ganz und gar nicht berechtigt. Wir wissen heute, zumal dank den ägyptischen Urkundenfunden, daß die großen römischen Juristen fast alle vom stadtrömischen Standpunkt aus schrieben, und daß ihre Schriften weit davon entfernt sind, uns ein zutreffendes Bild von den Rechtszuständen in den Provinzen zu geben. Mochten die großen Ediktkommentare auch da und dort ein Einschiebsel aus dem Provinzialedikt aufnehmen, in der Hauptsache brachten doch auch sie städtisches Recht zur Darstellung. Der Titel des Gaianischen Werks aber legt den Gedanken nahe, daß es das gesamte Edikt mit Rücksicht auf die provinziellen Verhältnisse erläutern sollte. Daß dies die Absicht des Gaius war, läßt sich freilich heute nicht mehr beweisen, da infolge der durchgeführten Unifikation des Rechts gerade die Partien des Kommentars, die einen derartigen Beweis hätten liefern können, für die Zwecke der Justinianischen Kompilation unbrauchbar waren und daher von ihr ausgeschlossen werden mußten. Die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit jener Annahme aber wird sich nicht bestreiten lassen, und wenn sie das Richtige trifft, so konnte Gaius in seinem Kommentar, auch wo er die gleichen Ediktworte erläuterte wie in dem zum Urbanedikt, auf tausend Verhältnisse eingehen, die in dem letzteren vielleicht gar nicht berührt oder höchstens gestreift worden sein mögen. Gibt es nicht auch heute englische Werke, die das englische Recht in seiner Anwendung für die Kolonien behandeln?

Wir gehen also davon aus, daß es mehrere Ediktredaktionen gab, die aber, wenn auch in Einzelheiten voneinander abweichend, doch in der Hauptsache miteinander übereinstimmten, so sehr, daß wir, wie die Römer

[1] E. Weiß, a. a. O., 127.

[2] Ob und inwieweit das Provinzialedikt auch sonst noch in Einzelheiten vom städtischen Edikt abwich, entzieht sich unserer Beurteilung. Auffallend ist z. B., was Gai. 4 (4. 7) 3 § 3 von der operis noui nuntiatio berichtet, gegenüber (39. 1) 8 § 7, 23. Karlowa, RG II, 471. Kniep, Gaius 293.

selbst, gar wohl von einem Edikt reden dürfen. Das wichtigste; ja fast das einzige Hilfsmittel für die Feststellung der Ordnung, worin die Materien in diesem Edikt einander folgten, bilden die in den Digesten erhaltenen, mit der Buchziffer inskribierten Bruchstücke der Juristenwerke, denen das Ediktsystem zugrunde liegt. In erster Linie kommen hier in Betracht die libri ad edictum praetoris des Ulpian und Paulus und ad edictum provinciale des Gaius. Wo bei diesen drei Kommentaren die Inskriptionen übereinstimmend die gleiche Ordnung der Materien bekunden, darf diese Ordnung wohl sicher als die des Edikts selber gelten. Zwar ist uns der enge Anschluß an das Ediktsystem in den Kommentaren selbst nur ganz vereinzelt bezeugt.[1] Allein gewiß ist in Werken kommentierender Natur eine solche Unterordnung unter die Vorlage von vornherein wahrscheinlich, und wenn die Übereinstimmung in der systematischen Anordnung mehrerer derartiger Werke schon an sich bedeutungsvoll ist, so gewinnt sie hier noch erhöhte Wichtigkeit dadurch, daß sie doch nicht ganz vollständig ist, daß vielmehr, wie alsbald gezeigt werden wird, an einzelnen, allerdings wenigen Punkten Abweichungen hervortreten; denn diese lassen auf eine relative Selbständigkeit der drei Autoren schließen: die Gleichheit des Systems, soweit sie reicht, wird nicht etwa auf Entlehnung zurückzuführen sein, sondern auf die gemeinsame Vorlage.

Diese drei Werke also geben die Grundlage für die Rekonstruktion des Ediktsystems. Was uns von sonstigen Ediktkommentaren erhalten ist — den libri brevium des Paulus, den libri ad edictum urbanum des Gaius, den Kommentaren des Pomponius, Callistratus und Furius Anthianus[2] — ist zu dürftig, um mehr als gelegentliche Ergänzung und Unterstützung zu bieten. Und nur ein Hilfsmittel zweiten Rangs ist auch die ganze Reihe der libri digestorum, responsorum, quaestionum, sententiarum, opinionum, disputationum, die in den Digesten Justinians exzerpiert sind. Bekanntlich folgen alle diese Werke, jedenfalls im ganzen, dem gleichen System, das sich in seinem ersten Abschnitt an das Edikt, im zweiten an eine feststehende Reihenfolge von leges anschließt.[3] Allein die Anknüpfung an das Edikt ist hier so oberflächlich, daß, wie einerseits zahlreiche ediktale Materien unerörtert bleiben, so andererseits bei jeder Gelegenheit hundert dem Edikt fremde Gegenstände in den Kreis der Besprechung hereingezogen werden. Namentlich aber muß man sich hüten, daraus, daß die ediktalen Partien dieser Werke an irgendeiner zweifelhaften Stelle in der Materienfolge übereinstimmen, darauf zu schließen, daß wir hier nun das allein authentische Ediktsystem vor uns haben. Denn ihre Übereinstimmung auch in dem zweiten ganz willkürlich geordneten Hauptteil ihres Systems tut dar, daß dies System bei allen auf eine gemeinsame Vorlage zurück-

[1] Vgl. z. B. Ulp. 15 (5. 5) 1, Ulp. 16 (5. 6) 1, (6. 1) 1 pr., Ulp. 35 (26. 4) 5 § 3, Ulp. 46 (38. 6) 1, Ulp. 69 (43. 17) 1 § 4.

[2] Von den vorhadrianischen Kommentaren (des Servius, Labeo, Sabinus, Pedius) ist hier ganz abzusehen.

[3] P. Krüger, SZ 7 H. 2, 94 f., auch meine Paling. II 1255.

geht. Sie alle zusammen werfen daher kein schwereres Gewicht in die Wagschale als ein einzelnes unter ihnen. Eher könnte es umgekehrt bedeutsam werden, wenn sich irgendwo an einem einzelnen Punkte eine Differenz unter ihnen konstatieren ließe.[1] Ich werde dieses System der Kürze halber nach den Digesten Julians das Julianische nennen; es ist aber älter als die Digesten Julians, vielleicht sogar älter als die Julianische Ediktredaktion selbst; denn es liegt auch den Digesten des Celsus zugrunde, die wahrscheinlich früher geschrieben sind als die Julians.[2]

Oft stellen die Inskriptionen nur fest, daß eine Anzahl bestimmter Materien im Edikt an dem oder jenem Platze standen, lassen es aber zweifelhaft, in welcher Ordnung sie aufeinanderfolgten: so sind z. B. die drei iudicia diuisoria in sämtlichen Ediktwerken in demselben Buch vereinigt. Alsdann ist der sicherste Leitstern die Ordnung, die wir in den Digesten finden. Die Titel der Digesten sind, wenn auch mit mehr Freiheit als die der Kommentare, doch im ganzen zweifellos nach dem Ediktsystem geordnet, wie denn Justinian auch ausdrücklich angemerkt hat, wo er sich erhebliche Abweichungen vom Ediktsystem gestattete.[3] Gewiß ist daher die Vermutung berechtigt, daß diese Ordnung, wo nicht besondere Gründe vorlagen, auch im einzelnen nicht verlassen worden ist. Die Digesten sind in diesem Detail auch zuverlässiger als der Codex, obwohl dieser bis lib. VIII tit. 45 ebenfalls im großen dem Ediktsystem folgt und sogar manche der von den Kompilatoren beliebten Hauptabweichungen von diesem System, die wir in den Digesten finden, noch nicht aufweist.[4] Denn die Digesten mußten naturgemäß weit mehr durch das System der in ihnen exzerpierten Hauptwerke, speziell des Ulpianschen Kommentars, beeinflußt werden, als der Codex, eine bloße Sammlung vereinzelter Konstitutionen. Daher ist beispielsweise, um bei den iudicia diuisoria zu bleiben, die actio finium regundorum (wie in den Digesten) vor die beiden andern Teilungsklagen zu setzen, nicht (wie im Codex) hinter sie; für diesen besondern Fall läßt sich sogar mit einiger Wahrscheinlichkeit nachweisen, daß die Digestenordnung auch die der Ediktkommentare (mindestens des Paulinischen) war.[5] —

Die Bedeutung der Inskriptionen für die Herstellung des Ediktsystems macht es notwendig, sie durchweg auf ihre Authentizität zu prüfen. Im ganzen sind sie mit großer Sorgfalt revidiert, und man darf in den Ver-

[1] Vgl. unten S. 12, n. 1.

[2] Pomponius ad Sabinum referiert Ansichten des Celsus als eines nicht mehr Lebenden. Den Julian zitiert er in diesem Werke, das umgekehrt von Julian benutzt zu sein scheint, nur ein einziges Mal, und zwar erst gegen Ende des Werks (lib. 32) in § 6 des falsch inskribierten fr. (41. 3) 31. Ob dies Zitat auf Julians Digesten zielt, steht dahin. Vgl. noch Fitting, Alter der Schriften röm. Jur.[2] (1908) 29 (dem ich aber nicht zu folgen vermag), und Ferrini, I. L. 22, SA 5.

[3] Vgl. c. Omnem § 4, c. Tanta § 5.

[4] Das Pfandrecht und die Lehre von der Eviktion, die in den Digesten vorausgenommen sind, stehen im Codex, dem Ediktsystem entsprechend, erst im achten Buch.

[5] Arg. Paul. 23 (10. 2) 56. Vgl. unten Teil II, § 79-81 i. Eing.

besserungsversuchen nicht allzu rasch sein; ich verdanke gar manche interessante Entdeckung dem stetigen Bestreben, dem ursprünglichen Zusammenhang der Stellen auf Grund der überlieferten Inskription beizukommen. Die wirklich vorhandenen Fehler[1] lassen sich fast alle auf folgende Kategorien zurückführen:

1. der Schreiber übersah in seiner Vorlage, wo die Zahlen nicht ausgeschrieben, sondern mit römischen Ziffern bezeichnet waren,[2] eine Ziffer und schrieb daher z. B. trigensimo (XXX) statt trigensimo quarto (XXXIIII), oder quinto (V) statt quinto decimo (XV),[3] oder uicensimo (XX) statt septuagensimo (LXX). Oder umgekehrt:

2. er sah (was seltener vorkommt) eine Ziffer zuviel und schrieb trigensimo (XXX) statt uicensimo (XX).

3. Er schrieb, durch den gleichen Wortanfang verführt, quarto statt quinto oder quadragensimo statt quinquagensimo, oder umgekehrt.[4]

4. Er inskribiert „Idem", wo er einen neuen Namen hätte schreiben sollen, indem ihm der Träger dieses Namens irrig als Verfasser des vorigen Fragments vorschwebt.[5]

5. Er verwechselt die Bücherzahlen zweier Juristenschriften, indem er z. B. in einem Buche der Digesten, das Fragmente aus Ulp. 30 und Paul. 31 ad edictum enthält, einmal gelegentlich eine Stelle aus Ulp. 30 fälschlich Ulp. 31 inskribiert.[6] Dieser Fehler ist vielleicht in der Weise zu erklären, daß die Kompilatoren die von ihnen ausgewählten Fragmente nicht immer selbst mit der vollen Inskription versahen, sondern den Schreiber durch Anführung des Juristennamens mit einem Wiederholungsmerkzeichen auf die frühere gleiche Inskription verwiesen, wo dann ein Versehen leicht möglich war. Notwendig ist diese Erklärung indes keineswegs: der Fehler kann auch einfach so vorkommen, daß der Schreiber noch die Ziffer der vorigen Inskription im Kopfe hat und sie maschinenmäßig wiederholt, ohne auf seine Vorlage zu sehen.

6. Selten ist die unmittelbare Verwechselung zweier Schriftstellernamen. Doch kommt gelegentlich eine solche Verwechselung z. B. zwischen Ulpian und Paulus vor, den beiden meistbenutzten Juristen, wo in der Masse wohl auch einmal ein kleines Fragment von den Kompilatoren selbst falsch bezeichnet worden sein mag.

7. Vereinzelt finden sich Versehen, die sich aus der Ähnlichkeit ge-

[1] Meine kritischen Ergebnisse in dieser Richtung sind in der Palingenesie niedergelegt.

[2] Wie auch noch im Florentinus selbst im größten Teil des Titels de legibus (1. 3).

[3] Derartige Fehler können auch durch Auslassung eines Zahlworts veranlaßt sein. Da, wo ein Zahlwort mehreren Zahlzeichen entspricht, z. B. (quarto (IIII) oder octauo (VIII), ist diese Erklärung sogar die wahrscheinlichere.

[4] Andere Verschreibungen sind sehr selten, kommen aber doch vor, z. B. sicher nachweisbar in (38. 6) 1 quarto statt sexto.

[5] Umgekehrt kommt es, infolge des entgegengesetzten Irrtums vor, daß ein Name wiederholt wird, wo idem hätte geschrieben werden müssen oder die neue Inskription ganz überflüssig war. S. z. B. die Inskriptionen vor (39. 3) 3 und 4. Vgl. auch (12. 6) 47. 48.

[6] Vgl. z. B. die augenscheinlich falsche Inskription vor (16. 3) 3.

wisser römischer Ziffern untereinander erklären, z. B. secundo statt quinto (II statt U). —

Bei kritischer Sichtung der Inskriptionen zeigt sich — ich verweise vorläufig auf die eingangs gegebene Übersicht des Edikts —, daß die Systeme aller in Betracht kommenden Werke im ganzen und großen übereinstimmen. Immerhin aber bleiben mehrere Fälle übrig, wo die authentischen Inskriptionen eine wirkliche unzweifelhafte Differenz im System bekunden. Wo haben wir nun hier das echte Ediktsystem zu suchen? In den älteren Ediktrekonstruktionen findet diese Frage eine sehr mangelhafte oder vielmehr keine Beantwortung: sie folgen sämtlich unbesehen dem Kommentar Ulpians, ohne sich darüber zu erklären, warum gerade diesem bei solcher Differenz eine hervorragende Autorität beiwohnen soll. Die Frage kann aber überhaupt nicht zugunsten des einen oder andern Juristen übers Knie gebrochen werden, sondern verlangt in jedem einzelnen Fall besondere Prüfung und Beantwortung.

Sehr leicht ist eine Abweichung zu erklären, die Julians Digesten und die andern dem Julianischen System folgenden Schriften gegenüber den eigentlichen Kommentaren zeigen. Das Julianische System verweist die leges in seinen zweiten Hauptteil; daher scheiden hier die auf die lex Aquilia und die Bürgschaftsgesetze bezüglichen Rubriken aus der Ediktordnung ganz aus, und wir finden z. B. bei Julian die actio legis Aquiliae, statt, wie wir erwarten müßten, in lib. 7 oder 8, in lib. 86, die leges Cornelia, Appuleia, Publilia, statt in lib. 8 oder 9, in lib. 88–90 behandelt.

Gaius' Kommentar zum Provinzialedikt zeigt zwei systematische Besonderheiten. Der Abschnitt de exceptionibus steht bei ihm hinter demjenigen de stipulationibus, dem er in den übrigen Ediktwerken vorausgeht. Der Titel de religiosis ferner, der in den letztern vor dem Titel de rebus creditis steht, ist bei ihm erst in lib. 19[1] behandelt, d. h. hinter dem Titel de legatis, in Gesellschaft der Titel de operis noui nuntiatione[2] und de damno infecto. In der ersten Auflage dieses Werks suchte ich diese beiden Abweichungen in folgender Weise zu erklären. Die Exzeptionen, führte ich aus, kommen auch gegenüber den Aktionen aus prätorischen Stipulationen in Betracht; es sei daher systematisch richtiger, diese vor jenen abzuhandeln. Dem Kommentator des Edikts sei diese Rücksicht besonders nahegelegt worden durch den Umstand, daß in dem Abschnitt de exceptionibus die erste Rubrik die sei: si quis uadimoniis non obtemperaverit, in dem Abschnitt de stipulationibus aber das Vadimonium an der Spitze stehe. Die Ursache der zweiten Abweichung fand ich darin, daß der Titel de religiosis im Provinzialedikt gar nicht vorgekommen sei. Der Provinzialboden konnte nach der bei den Römern herrschenden Ansicht nicht religios im technischen Sinne werden, Gai. II, 7:

[1] Von Rudorff, EP § 87, wird diese fünfmal wiederholte Inskription angezweifelt. Er fragt: „an 9. 10?", eine Frage, deren Sinn mir nicht klar geworden ist.

[2] Von dem Kommentar zu diesem sind übrigens keine Fragmente erhalten.

> se*d* in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usum fructum habere uidemur: utique tamen etiamsi non sit religiosu*m*, pro rel*ig*ioso ha*b*etur.

Nach diesem Bericht könne, meinte ich, der Titel de religiosis in das Provinzialedikt nicht übergegangen sein, auch nicht in veränderter Form: das Provinzialedikt könne weder die Ansicht der plerique noch die entgegengesetzte durch seine Fassung sanktioniert haben: sonst hätte Gaius die Frage, ob Provinzialboden religios werden könne oder nur pro religioso behandelt werde, unmöglich als eine rein wissenschaftliche, offiziell nicht entschiedene, erwähnt. Auf die Frage, warum Gaius die betreffenden Erörterungen, wenn er sie denn doch nicht ganz umgehen wollte oder konnte, gerade hinter dem Titel de legatis einfüge, gab ich vermutungsweise die Antwort, er tue dies vielleicht deshalb, weil ihn die Lehre vom Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen (tit. XXV–XXVII der Ediktübersicht: de bonorum possessionibus, de testamentis, de legatis) auf den Gedanken des Begräbnisses und der daran sich anknüpfenden Rechtsverhältnisse brachte. Diese Erklärungsversuche können indes schwerlich befriedigen. Was die Folge der Titel de exceptionibus und de stipulationibus angeht, so ist es, wenn auch nicht unmöglich, so doch nicht recht glaublich, daß Gaius, der Ediktkommentator, um der Korrektheit des Systems willen gerade hier die Ordnung seiner Vorlage umgekehrt haben sollte. Da hätte das Ediktsystem an vielen andern Stellen ihm weit schwereren Anstoß geben müssen. Hätte ferner der Titel de religiosis im Provinzialedikt gefehlt, so mußte es doch jedem Bearbeiter desselben, der ihn gleichwohl erörtern wollte, am nächsten liegen, ihn da einzuschieben, wo er im Urbanedikt stand. Es ist aber die Annahme, daß er dort gefehlt habe, in Wirklichkeit gar nicht begründet. Mochte man auch theoretisch darüber streiten, ob Provinzialboden religios im eigentlichen Sinne werden könne, so bestanden doch auch in den Provinzen die Interessen, zu deren Schutz der Prätor die unter dem Titel de religiosis vereinigten Edikte erlassen hatte, und in dem Wortlaut dieser Edikte ist nichts, was ihre Anwendbarkeit in den Provinzen ausgeschlossen hätte, — jene theoretische Streitfrage hat damit gar nichts zu tun.[1] Gaius eigene Darstellung aber in fr. 7 und 9 (11. 7) spricht entschieden dafür, daß seine Erläuterungen hier wie sonst ihren Ausgangspunkt in seiner Vorlage haben.[2] So bin ich denn heute der Meinung, daß im ersten Fall wahrscheinlich, im zweiten Fall sicher die Besonderheit des Gaianischen Systems ihren Grund darin hatte, daß das Provinzialedikt selber hier von dem System der städtischen Edikte abwich. Es wird sich unten, bei der näheren Untersuchung des Ediktsystems zeigen, daß auch

[1] Vgl. v. Velsen, SZ 21, 109f.

[2] Er sagt in diesen Stellen zwar nicht ausdrücklich, daß er Ediktworte kommentiere; aber er spricht von einem competere der behandelten actio und läßt den „proconsul" in einem besonders gearteten Fall eine utilis actio gewähren.

die Stelle, wo wir den Titel de religiosis bei Gaius finden, sehr für diese Ansicht spricht.[1] Die Gründe der Abweichung entziehen sich unserer Kenntnis, was bei der Lückenhaftigkeit unseres Wissens vom Provinzialedikt nicht zu verwundern ist.

Weit bedeutsamer als die bisher betrachteten systematischen Differenzen zwischen den Ediktwerken[2] und nicht minder erklärungsbedürftig ist eine letzte.[3] Verfolgen wir bei Ulpian die Bücher 15–23, so finden wir in der Hauptsache die uns aus Digesten und Codex wohlbekannte Ordnung: es folgen sich, um nur die wichtigsten Rubriken anzuführen, hereditatis petitio (lib. 15. 16), rei uindicatio und Publiciana (lib. 16), Servitutklagen (lib. 17), zivile Schädensklagen (lib. 18), Teilungsklagen (lib. 19. 20), Bürgschaft (lib. 20–22) — diese in den Digesten und im Codex an andern Ort gestellt —, interrogatio in iure über die Erbenqualität (lib. 22), Eid (lib. 22), interrogatio in iure bei Noxalklagen (lib. 23), prätorische Schädensklagen (lib. 23). Übereinstimmend scheint das System des freilich hier sehr lückenhaften Julian, wie noch anderer diesem System folgenden Juristenschriften: soweit wir sehen können, handelt Julian selbst in lib. 6 von hereditatis petitio, in lib. 7 von uindicatio und Publiciana, Servitutklagen und gewissen zivilen Schädensklagen (ausschließlich der für den Teil de legibus aufgesparten actio legis Aquiliae), in lib. 8 von den Teilungsklagen, in lib. 9 von Eid, interrogatio in iure und den prätorischen Schädensklagen. Ein ganz anderes und sehr auffälliges Bild gewährt dagegen der Paulinische Kommentar. Hier stehen (in lib. 17. 18) voraus die Edikte über interrogatio in iure, Eid und verwandte Materien; es folgen (lib. 19) das Publicianische Edikt und die prätorischen Schädensklagen (mit einer nachher zu besprechenden Ausnahme); jetzt erst kommen (lib. 20–25) hereditatis petitio, rei uindicatio, Servitutklagen, zivile Schädensklagen, Teilungsklagen, Bürgschaft: erst bei der actio in factum wider den mensor (Übersicht § 89) treffen die beiden großen Kommentare wieder zusammen (Ulp. 24, Paul. 25). Diese Paulinische Ordnung aber war allem Anschein nach auch die des Gaius, nur daß hier die Publiciana hinter die rei uindicatio gerückt ist:[4] wir finden bei Gai. 5 Spuren des Edikts de iureiurando, bei Gai. 6 solche der interrogatio in iure bei Noxalklagen, der prätorischen Schädensklagen, der hereditatis petitio, bei Gai. 7 erst die rei uindicatio, Publiciana, Servitutklagen usw. Endlich scheinen auch einzelne Schriften, die sonst dem

[1] Vgl. unten S. 42 n. 2.

[2] Die geringfügige, unten bei tit. XX in bezug auf § 115 nachgewiesene, kann hier außer Betracht bleiben.

[3] Bemerkt, aber nicht befriedigend erklärt ist sie von Huschke, das Recht der Public. Klage 4, n. 1. Vgl. auch Wlassak, Edikt u. Klageform 30 n. 18, 86 n. 1. Nicht befriedigen kann die Hypothese Karlowas (Lit. Zentralblatt 1884 Nr. 15, RG I, 637, n. 4), der die Erklärung in einer Verschiedenheit der Anordnung des Urban- und des Provinzialedikts sucht. Vgl. dagegen schlagend Wlassak, Grünhuts Zschr. 12, 263 f. Auch die Ausführungen Karlowas, RG II, 1173 f. (über den Platz der die interrogationes in iure betreffenden Edikte) schweben völlig in der Luft.

[4] Auch in Pomponius' Ediktkommentar steht die Vindikation (lib. 36–39) vor der Publiciana (lib. 40).

Julianischen System folgen, gerade hier von diesem System abzuweichen und eine, wenn nicht durchgängige, so doch teilweise Übereinstimmung mit der Paulinischen Ordnung zu zeigen.[1] Die ganze Erscheinung fordert ohne Zweifel gar sehr zum Nachdenken heraus. Alle früheren Bearbeiter des Edikts geben ohne irgendwelche Begründung dem Julian-Ulpianischen System den Vorzug. Käme es nun für die Entscheidung der Frage lediglich bloß darauf an, welches System uns als das verhältnismäßig bessere erscheint, so möchte man sich dabei beruhigen: die Julianisch-Ulpianische Ordnung entspricht systematischen Anforderungen gewiß weit eher als die Gaianisch-Paulinische. Die Sache liegt aber gerade umgekehrt: das befriedigendere System hat in Fragen wie die vorliegende die Wahrscheinlichkeit gegen sich.[2] Eine Ordnung, wie sie uns Julian und, ihm vermutlich folgend, Ulpian zeigen, die können sich die Juristen sehr wohl selber zurechtgemacht haben, um den Schwierigkeiten zu entgehen, die das unsystematisch abgefaßte Edikt der Darstellung in den Weg legte. Eine Ordnung dagegen, wie die Paulinische, wo die Publiciana der rei uindicatio, die actio de effusis der actio legis Aquiliae vorausgeht, ist nimmermehr im Kopf dieses Juristen entstanden: sie ist uns nur unter der Voraussetzung verständlich, daß sie durch die Vorlage gegeben war. Man mag über das Systembedürfnis der Römer denken wie man will, niemals konnte ein überlegender Mensch, wenn das Julian-Ulpianische System das des Edikts war, darauf verfallen, die vernunftgemäße und für ihn bequemste Reihenfolge der Materien in solcher Weise geradezu umzukehren. Ich halte es daher für völlig zweifellos, daß die Paulinische Ordnung hier die des Albums ist, und habe sie meinem System zugrunde gelegt. Sieht man näher zu, so bemerkt man sehr bald, daß auch diese Ordnung keineswegs willkürlich ist. Die Edikte über interrogatio in iure, Eid usw., die bei Paulus zuerst stehen, bilden m. E. den Inhalt des Titels de iudiciis (tit. XIV der Übersicht), den Julian und Ulpian, weil er ihnen systematisch unbequem war,

[1] Vgl. Marcell. nr. 27, Tryph. nr. 18, sehr viel weniger schlüssig Cels. nr. 25. 26, noch weniger Papin. nr. 117. Allzugroßes Gewicht möchte ich auf diese wenigen Stellen nicht legen. Man bedenke, daß die Werke, denen sie entstammen, keine Kommentare sind, sondern sich nur in der Reihenfolge ihrer Erörterungen an das Ediktsystem anschließen, und daß es sich hier um vereinzelte, aus dem Zusammenhang gerissene Äußerungen handelt. Wir können hier nirgends mit Bestimmtheit sagen, daß wir die eigentliche sedes materiae vor uns haben, und nicht vielleicht bloß gelegentlich der Inhalt eines systematisch anderswohin gehörigen Edikts angezogen ist. Zu weit geht daher m. E. Girard, NRH 1904, 140. Auch Paul. (ad Plaut.) nr. 1080 kann nicht mit Sicherheit zur Bestätigung des Paulinischen Systems herangezogen werden; die Stelle könnte z. B. sehr wohl zu einer Erörterung über die actio confessoria ex l. Aquilia gehören.

[2] Schwer verständlich sind mir die Ausführungen bei Glasson, étude sur Gaius (1885) 282 ff. Er läßt mich dem Paulinischen System den Vorzug geben, weil dieses das logischere sei, d. h. er läßt mich das Gegenteil von dem behaupten, was ich wirklich sage. Dann widerlegt er diese meine angebliche Ansicht genau mit dem Argument, das ich im Text wider das Julianisch-Ulpianische System verwende: selon nous c'est précisément parce que ce plan est le plus méthodique qu'il faut le déclarer étranger à l'édit!

an anderer Stelle behandelt haben. Die weiteren bei Paulus der hereditatis petitio voraufgehenden Materien (von § 59 der Übersicht an) gehören sämtlich dem prätorischen Rechte an und sind alle durch Edikte geordnet, die uns ganz oder teilweise erhalten sind. Von der hereditatis petitio ab dagegen beginnen zivile Rechtsmittel. Allerdings finden sich unter diese letzteren auch wieder einige nicht-zivile Aktionen gemischt, — die actiones possessoriae, die h. p. fideicommissaria, die actio uectigalis, die actio damni iniuriae aduersus nautas, die actio communi diuidundo utilis: allein durchweg tragen diese den Charakter von utiles actiones, für die daher wahrscheinlich kein besonderes Edikt proponiert war — ein solches ist hier nirgends nachzuweisen —, sondern nur die Formel hinter der vorbildlichen actio ciuilis, etwa unter vorausgeschickter Rubrik. Meine Meinung ist daher die, daß in dem großen Edikttitel (XV), mit dem wir es hier zu tun haben, die Edikte nebst zugehörigen Formeln voranstanden, die Formeln (zivile und nicht-zivile), denen keine Edikte entsprachen,[1] aber folgten: Paulus hielt sich streng an die gegebene Ordnung; ebenso Gaius, nur daß dieser es, begreiflich genug, nicht über sich brachte, die Publiciana vor der rei uindicatio zu erörtern und daher jene hinter die letztere schob; Julian aber und, im Anschluß an ihn, Ulpian geben die Ediktordnung ganz auf, schieben die Zivilklagen vor und die prätorischen zwischen diese an dem ihnen angemessen scheinenden Orte ein. Diese Erklärung hat gewiß Wahrscheinlichkeit für sich.[2]

Man hat gegen unsere Vermutung eingewendet, daß es doch seltsam wäre, wenn Julian, der Ediktredaktor, sich in seinen Digesten von dem System entfernt hätte, dem er selbst bei der Rekonstruktion des Edikts folgte. Es kann dies nicht zugegeben werden. Auch wenn wir von der gar nicht zweifellosen Frage des Altersverhältnisses zwischen den ersten Büchern von Julians Digesten und dem Edikte absehen, so gab es Rücksichten, die für Julian als Ediktredaktor bestimmend sein konnten, für Julian als Schriftsteller aber nicht, und umgekehrt. Wie viele Bearbeiter unseres bürgerlichen Gesetzbuchs weichen heute an einzelnen Stellen von dessen Systeme ab, die sich doch hüten würden, wenn ihnen eine Neuredaktion des Gesetzbuchs übertragen würde, an diesem System zu rütteln!

[1] Zu diesen gehört auch die Formel wider den mensor (§ 89), die daher nicht nur bei Ulpian, sondern auch bei Paulus erst hinter den Teilungsklagen und der Lehre von der Bürgschaft steht, und darum den Vereinigungspunkt für die bis dahin voneinander abweichenden Systeme bildet.

[2] Man könnte auch auf den Gedanken kommen, daß die nackten Edikte im Album vorausstanden und dann sämtliche Formeln in der Julian-Ulpianischen Ordnung folgten, so daß dann auch diese letztere eine ediktale Grundlage hätte. Eine solche Trennung der prätorischen Formeln von den zugehörigen Edikten ist aber schon an sich unwahrscheinlich, doppelt unwahrscheinlich eine Vermengung der auf Grund der Edikte hinzutretenden Formeln unter die zivilen. Die oben gegebene Erklärung scheint mir daher bei weitem vorzuziehen.

Zweites Kapitel

Das Edikt als Ganzes

Ist das Edikt ein systematisches Ganzes, in dem Sinn, wie wir die modernen Privatrechtsgesetzbücher oder Zivilprozeßordnungen ein Ganzes nennen können? enthält das Edikt die vollständige Kodifikation eines bestimmten Rechtsteils? Rudorff hat es seiner Zeit[1] ein „Reichszivilrecht", späterhin[2] eine „Reichszivilprozeßordnung" genannt.[3] Es ist leicht einzusehen, daß beide Bezeichnungen nicht zutreffen. Ein seltsames Reichszivilrecht, in dem die sämtlichen zivilen Rechtsinstitute nur durch kurze Klagformeln figurierten, d. h. vorausgesetzt wären! Und nicht minder eine seltsame Reichszivilprozeßordnung! Es ist ja gewiß wahr, daß das Edikt mehr als eine Vorschrift enthält, die wir in unsere Prozeßordnungen zu setzen pflegen; ja wenn man die Aktionen rein von ihrer prozeßrechtlichen Seite als Rechte auf Gericht faßt und die mittelbare privatrechtliche Bedeutung der Aktionenverheißung außer Betracht läßt, so kann man sagen, das Edikt enthalte nur oder doch fast[4] nur Prozeßrecht. Aber wie weit würde diese prozeßrechtliche Kodifikation von dem entfernt sein, was wir Zivilprozeßordnung nennen! Man sehe sich beispielsweise die Titel unserer deutschen Reichszivilprozeßordnung an und frage sich, wieviel von den hier geregelten Materien im Edikt ebenfalls seine Regelung gefunden hat. Das Wie des Verfahrens vor dem iudex fehlt ganz und gar, es ist außerhalb des Edikts durch Gesetz und Gewohnheit geregelt. Aber auch das Verfahren in iure ist im Edikt nur gelegentlich in Nebenpunkten geordnet, z. B. hinsichtlich der Aktionenedition, des ius postulandi u. dgl. In der Hauptsache liegt auch dessen Ordnung in „teils vor teils über der prätorischen Jurisdiktion stehenden Satzungen".[5] Eine andere Hypothese hat Brinz[6] aufgestellt. Nach ihm soll das Edikt das Aktionenrecht enthalten haben, „in dem weitern Sinne, daß nicht allein actiones, sondern alle gangbaren Gattungen der Rechtshilfe, mithin alle die Fälle und Bedingungen proponiert wurden, in und unter welchen es zur Niedersetzung oder Abhaltung ordentlicher oder außerordentlicher Gerichte (iudicia, cognitiones) kommen, also ordentliche und außerordentliche actiones gewährt, Exekution gegen die Person oder in das Vermögen eingeräumt, zur Besitzergreifung von Erbschaften ermächtigt, mit der Auktorität von Interdikten eingeschritten, zu Kautionen durch Stipulatio-

[1] RG I, 270f.

[2] ZRG 3, 22. 88.

[3] Auch Mommsen, Jahrb. d. gem. Rts. 2, 320, bedient sich für das Edikt des Ausdrucks „Reichsprozeßordnung", während er es im Röm. Staatsrecht (3. Aufl.) II, 221 eine Kodifikation des Privatrechts nennt.

[4] Man denke z. B. an das Edikt de administratione tutorum, das freiwillige Gerichtsbarkeit betrifft.

[5] Vgl. Brinz, krit. Vjsch. 11, 482ff.

[6] a. a. O. 484ff., 495ff.

nen, Missionen gezwungen, oder sonstwie ein Gerichtszwang (compellere, cogere, repellere) stattfinden, aber auch die Verteidigung durch Präskriptionen und Exzeptionen vermehrt werden wolle". Fragt man sich zunächst, ob alles, was im Edikt steht, unter diesen Begriff des Aktionenrechts falle, so kann die bejahende Antwort allerdings nicht zweifelhaft sein, und es hätte kaum des von Brinz dafür angetretenen Beweises bedurft. Zweifelhafter ist schon, ob man all das, was Brinz unter „Aktionenrecht" begreift, im Sinn der Römer mit diesem Namen bezeichnen darf, wie denn Gaius bekanntlich die Lehre von der bonorum possessio und bonorum uenditio unter dem ius quod ad res pertinet abhandelt. Indes soll hierauf kein Gewicht gelegt werden: der Ausdruck „ius quod ad actiones pertinet" ist ja schließlich weit genug, auch die auf jene Rechtsinstitute bezüglichen Edikte zu umfassen, und überhaupt ist es ja, wenn nur der Begriff ein Gebiet wirklich zusammengehöriger Erscheinungen des Rechtslebens zusammenfaßt und sich mit dem Inhalte des Edikts deckt, gleichgültig, mit welchem Wort man jenen bezeichnet. Woran mir aber Brinz' Auffassung scheitern zu müssen scheint, das ist gerade die Weite seines Begriffs: er ist so weit, daß er uns keine Abgrenzung des Ediktinhalts gegenüber dem, was nicht im Edikt steht, mehr gewährt. Alle die Bedingungen sollen im Edikt proponiert gewesen sein, unter denen es zur Niedersetzung oder Abhaltung ordentlicher oder außerordentlicher Gerichte kam. Wo steht im Edikt die Lehre von Gerichtsbarkeit, Gerichtsstand, wo die Mehrzahl der Grundsätze des Verfahrens in iure (denn das Verfahren in iure ist doch der Weg zur Gewährung der actio, Bedingung dieser Gewährung), wo also z. B. der Anteil des Prätors an der Verhandlung, die Form der Ernennung eines cognitor u. dgl. m.? wo sind andererseits im Edikt die zu Hadrians Zeit noch praktischen Legisaktionsformeln proponiert? wo die Kognition über Fideikommisse und viele andere Gegenstände der extraordinaria cognitio? Man wende nicht ein, daß ich mit Worten spiele, daß Brinz seinen Begriff ohne Zweifel in einem engern Sinn verstanden habe. Ich kann das nicht zugeben. Wenn Brinz beispielsweise[1] die Aufnahme des Edikts de magistris faciendis damit rechtfertigt, daß die Aufstellung des Magister die Bedingung gewesen sei, unter welcher den Gläubigern possessio, uenditio, Anstellung und Ablehnung der kridarischen Schuldforderungen verheißen ist, so scheint mir unbestreitbar, daß von diesem Standpunkt aus, wenn das Edikt wirklich das[2] Aktionenrecht im Brinzschen Sinne enthielte, die sämtlichen prozessualen Voraussetzungen der Gewährung wie Denegation der Aktionen (an die Parteien selbst oder ihre Stellvertreter) in das Edikt hätten aufgenommen werden müssen; und wenn gleichwohl das Edikt unter diesen Prozeßvoraussetzungen wenig mehr als die Rechtsbehauptung und die Satisdationen ordnet, so ist klar, daß das Edikt nicht das Aktionenrecht im Brinzschen

[1] a. a. O. 497. [2] Brinz, a. a. O. 484.

Sinne, sondern nur einen Teil davon enthält, und die Frage bleibt offen, nach welchem Gesichtspunkt die Aufnahme oder Nichtaufnahme von Materien in das Edikt sich entschied.

Meines Erachtens ist dafür, daß man das Edikt unter eine begriffliche Einheit zwänge, daß man es, um mit Brinz[1] zu reden, mit einem Namen benenne, keinerlei innere Notwendigkeit vorhanden: vielmehr spricht die historische Entwicklung sehr entschieden gegen eine solche a priori gestellte Forderung. Was sich wirklich Allgemeines über den Ediktinhalt sagen läßt, das hat schon Giphanius[2] ganz richtig bemerkt: der Prätor ediziert über sein officium.[3] Schon damit ist aber eine wesentliche Einschränkung des Ediktinhalts gegeben: das Edikt enthält nicht das Zivilrecht, die Zivilprozeßordnung, das Aktionenrecht, sondern höchstens soviel von diesen Rechtszweigen als im officium praetoris liegt, und zwar im officium praetoris urbani und perigrini:[4] denn nur vom officium dieser handelt das edictum praetoris. Daher enthält das Edikt beispielsweise nichts über die Jurisdiktion der Konsuln und des praetor fideicommissarius, was freilich Rudorff in seiner Rekonstruktion verkannt hat. Das Edikt enthält aber auch nicht das ganze officium praetoris: der Prätor ediziert über sein officium nur insoweit ihm dies zweckmäßig erscheint. Soweit nun das officium praetoris durch Gesetz oder Gewohnheit geordnet ist, sind Edikte im ganzen überflüssig. Daher fehlt im Album beispielsweise das officium praetoris in den Legisaktionen, fehlt ferner, soweit ersichtlich, alles, was die lex Iulia iudiciorum priuatorum über das officium praetoris enthielt.[5] Allerdings verweist das Edikt immerhin an einigen Orten auf gesetzliche Bestimmungen, indem der Prätor seine Jurisdiktion diesen entsprechend ausüben zu wollen erklärt: aber hierbei stehen immer solche Materien in Frage, deren Ordnung im wesentlichen auf dem Edikt beruht, wo also Gesetz oder Senatuskonsult nur ergänzend oder beschränkend eingriff und daher auch nur der Vollständigkeit halber mit angeführt wird.[6]

Aus alledem ergibt sich, daß der Inhalt des Edikts sich großenteils durch historische Zufälligkeiten bestimmt hat, und daß es vergebens ist, einen Rechtsbegriff zu suchen, der sich mit jenem Inhalt deckt. Wäre die Reform des altzivilen Exekutions- und Konkursverfahrens, statt vom Prätor, vom Gesetzgeber in die Hand genommen worden, so würden wir an Stelle der tit. XXXVI–XLI des Edikts wahrscheinlich nur ein paar magere Aktionenformulare finden. Wäre umgekehrt dem Prätor die tutoris datio nicht durch Gesetz verliehen, so würden wir vielleicht ein der eigenen Initiative des Prätors entsprungenes Edikt darüber haben, dem er durch

[1] a. a. O. 486.

[2] Am Schluß der oecon. ed. perpet. (p. 131 der von mir benutzten Ausgabe der oeconomia iuris, Francof. 1606).

[3] Vgl. auch Bruns, fontes ed. VII, 212 praef.

[4] Vom Provinzialedikt und dem angehängten Ädilenedikt sehe ich der Kürze halber hier ab.

[5] (5. 1) 2. Dazu unten bei tit. II (vor § 7).

[6] (2. 14) 7 § 7, (3. 1) 1 § 8, (4. 6) 1 i. f., (38. 14) 1.

Gewährung von actiones utiles Wirksamkeit zu verleihen vermocht hätte. Hätte hinwieder die lex Atilia auch von der administratio tutelae gehandelt, so würde vermutlich das Edikt darüber schweigen. Gewiß: den Hauptstock des Edikts bildet die Bestimmung der Aktions- und Defensionsrechte: hier war dem Prätor durch Gesetz und Gewohnheit freie Hand gelassen. Aber daneben finden wir Edikte über das Verfahren, wie das Edikt de magistris faciendis, de bonis proscribendis und mancherlei andere aus dem vom Konkursrecht handelnden Ediktabschnitt, wie ferner das Edikt über die Edition der Formel und der Urkunden (§ 9) und das Edikt „soluere aut iurare cogam" unter dem Titel de rebus creditis (§ 95); finden wir Edikte, in denen ein prozessuales Recht, das nicht Aktionsrecht ist, geregelt wird: die Edikte über das ius postulandi und bei den iudicia recuperatoria die ediktale Verfügung über das Recht der Zeugenvorladung[1]; finden wir ein Edikt über einen Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit: das de administratione tutorum (§ 121). Keines dieser Edikte darf als eine Anomalie im Zusammenhange des Edikts angesehen werden: es treten in ihnen einfach die verschiedenen Seiten des officium des Prätors hervor, des Prätors, der eben nicht bloß Aktions- und Defensionsrechte zu determinieren, sondern auch die Verhandlungen in iure zu leiten, die Würde des Gerichts zu wahren, die Obervormundschaft zu führen hatte usw., und der nur deshalb in letzteren Richtungen von dem ius edicendi einen eingeschränkteren Gebrauch machte, weil die maßgebenden Grundsätze hier größtenteils gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich feststanden.

Drittes Kapitel

Die Hauptabschnitte des Edikts

Bei dem Versuch, das System des Edikts zu ergründen, darf man niemals vergessen, daß die Römer und zumal der Ediktredaktor auf ein durchgeführtes System bei weitem nicht den Wert legten wie wir Modernen. Es ist kein Zufall, daß Julian das Edikt offiziell nicht in partes, sondern nur in zahlreiche Titel eingeteilt hat.[2] Der Ediktredaktor hatte durchaus nicht die Absicht, das Edikt in größere streng gegliederte systematische Einheiten zu scheiden. Aus historischen und Zweckmäßigkeitsgründen werden die leitenden Prinzipien der Einteilung gar oft durchbrochen und Materien, die sich jenen Prinzipien nicht gerne fügen, am nächstbesten Orte angeschlossen. Man verfährt daher gar nicht im Sinne Julians, wenn man wie Rudorff die Hauptabschnitte des Edikts wieder in classes, diese in genera, die genera in species, letztere weiter in I. II, A. B, 1. 2, a. b, α. β usw. einteilt. Man

[1] Vgl. Prob. 5, 8.

[2] Vgl. Rudorff, ZRG 3, 32f.

gibt dadurch dem Ediktsystem einen Anschein der Symmetrie, die es nur vereinzelt hat, im ganzen aber nicht haben will, ja nicht haben kann: in Jahrhunderten allmählich historisch zu seinem jetzigen Bestande angewachsen, mußte ihm eine derart durchgeführte Systematik notwendig fremd sein, und der Ediktredaktor konnte sie ihm nicht geben, wenn er nicht die ganze Masse des Stoffs von Grund aus durcheinanderrüttelte, zahllose Edikte aus althergebrachten und eingebürgerten Zusammenhängen riß, wofür keinerlei zwingende Veranlassung vorlag. Überhaupt stelle ich mir gerade die systematisierende Tätigkeit Julians nicht übertrieben groß vor[1]: was würde man von einem modernen Gesetzgeber sagen, der bloß um seinen Systematisierungstrieb zu befriedigen, die altgewohnte Ordnung eines seit lange in Geltung befindlichen, vielfach kommentierten Gesetzbuchs auf den Kopf stellen wollte? Ich denke mir: Julian revidierte genau die Fassung der einzelnen Edikte, machte Zusätze und Streichungen, besserte auch hier und da am System: aber im wesentlichen wird er die Ordnung des Edikts so gelassen haben, wie er sie fand, wie sie durch die Tätigkeit von hundert Prätoren sich gebildet hatte, von denen der eine seine neuen Edikte mehr nach innern, der andere sie mehr nach äußern Rücksichten in das edictum tralaticium eingeschoben hatte. Was sich über die Anordnung der Materien in vorjulianischen Ediktkommentaren ermitteln läßt — es ist freilich wenig genug —, spricht dafür, daß dort die Anordnung schon wesentlich die gleiche war wie im Julianischen Edikt,[2] und nach der gleichen Richtung weist der Umstand, daß das von Julian in seinen Digesten befolgte System auch schon den wohl früher geschriebenen Digesten des Celsus zugrunde liegt, die wahrscheinlich auch älter sind als die Neuredaktion des Edikts selbst.[3] Darum lasse man sich's genügen, die für die Anordnung im ganzen maßgebend gewesenen Gesichtspunkte aufzudecken, und verzichte darauf, ein harmonisch durchgeführtes System da zu suchen, wo es der ganzen historischen Entwicklung nach unmöglich gefunden werden kann.

Die Frage nach der Anordnung des Edikts — in der Begrenzung, wie ich sie nach obigem für berechtigt halte — ist durch Rudorffs Versuche in dieser Richtung,[4] sowenig ihm durchweg beigetreten werden kann,

[1] Vgl. auch Mommsen, Jahrb. d. gem. Rts. 2, 323, Pernice, Labeo I, 60.

[2] In gleichem Sinn Girard, un document sur l'édit antérieur à Julien (1907), wieder abgedruckt in den mélanges I, 177 ff., dessen Folgerungen aus der Reihenfolge der notae bei Probus freilich manchem gewagt erscheinen werden.

[3] Vgl. hierzu Ferrini in der oben S. 7 n. 2 angef. Abhandlung (intorno all' ordinamento dell' editto pretorio prima di Salvio Giuliano). Möglich, daß das System des Julianischen Edikts schon auf Ofilius zurückgeht, von dem Pomponius in (1. 2) 2 § 44 meldet, daß er edictum praetoris primus diligenter composuit. A. M. Krüger, Geschichte der Quellen[1] 90 und, ihm folgend, Zocco-Rosa, Riv. Ital. per le scienze giur. 33, 399. Darauf, daß Justinian Julian als praetorii edicti ordinator bezeichnet — C. (4. 5) 10 § 1 —, ist m. E. kein Gewicht zu legen. Was wußte Justinian noch von der Anordnung des vorjulianischen Edikts? Auch braucht das Wort „ordinare“ durchaus nicht gerade von der Systematisierung verstanden zu werden.

[4] ZRG 3, 53 ff., EP 267 ff.

sehr wesentlich gefördert worden, und eine neue Untersuchung wird hier ihren Ausgangspunkt zu nehmen haben. Vor allem hat Rudorff das nicht gering anzuschlagende Verdienst, die ältern Ansichten gründlich widerlegt zu haben. Niemand wird wohl heute noch die früher herrschende Meinung billigen, wonach dem Edikt das Zwölftafelsystem zugrunde liegen soll,[1] noch auch Heffters[2] Hypothese, daß in der Ordnung des Edikts im Aktionenabschnitt die fünf alten Formen der Legisaktionen zu erkennen seien. Mit letzterer Hypothese ist aber auch die Ansicht Leists[3] beseitigt, der in dem Aktionenabschnitt des Edikts ebenfalls im allgemeinen das Legisaktionensystem wiederfindet, davon aber die vier Lehren Ehe, Tutel, Testament, Legat ausnimmt, die erst durch Julian nach Maßgabe des Sabinussystems zusammengestellt und in das Legisaktionensystem eingeschoben worden seien. Widerlegt ist durch Rudorff ferner auch die Ansicht von Mommsen,[4] wonach das Edikt zerfällt in einen ältern das Zivilrecht ausführenden und sich systematisch an die drei Legisaktionen sacramento, per iudicis postulationem und per condictionem anschließenden Teil und einen jüngern das Zivilrecht ergänzenden Teil, dessen durchgehender Charakter die arbiträre Verfügung des Prätors sei und wohin die Missionen, Interdikte, Exzeptionen, prätorischen Stipulationen, ebenso wie auch die vom Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit gewährten formulae und sonstigen Rechtshilfen zu rechnen seien. Rudorff weist mit Recht darauf hin, daß der Gegensatz, von dem Mommsens Auffassung ausgeht, nicht das oberste Einteilungsprinzip des Edikts sein könne, da er uns im Edikt überall, im ersten Teil so gut wie im zweiten, entgegentritt, und er hat auch die Mängel der Mommsenschen Aufstellung im einzelnen m. E. überzeugend dargetan.

Eine um so ernstere und eingehendere Betrachtung verlangt nunmehr das System, das Rudorff an Stelle der von ihm beseitigten gesetzt hat.

Rudorff scheidet zunächst, als außerhalb des systematischen Ediktplans liegend, die drei letzten Abschnitte des Edikts (tit. XLIII–XLV), die die Interdikte, Exzeptionen und Stipulationen enthalten, gänzlich aus. Hierin muß ihm m. E. unbedingt beigetreten werden.[5] Wir haben es in jenen drei Abschnitten lediglich mit Zusammenstellungen von Formularen zu tun, die dem Edikt als Anhänge beigefügt sind. Am deutlichsten läßt sich dieser Charakter für den Stipulationenabschnitt nachweisen: die hier aufgeführten Stipulationen sind zum größten Teil durch Edikte angeordnet, die wir an ganz andern Stellen des Systems finden, im Titel de uadimoniis, de cognitoribus et procuratoribus, de satisdando, de tutelis, de legatis, de

[1] So noch van Reenen, in den fontes tres iur. ciuil. (1840) 41 ff. Vgl. dagegen Rudorff, ZRG a. a. O.

[2] Rhein. Mus. f. Jurispr. 1 (1827), 51–63. Gegen ihn Rudorff, a. a. O. 54 ff.

[3] Rechtssysteme (1850) 33 ff., 59 ff. Gegen ihn Mommsen, Jahrb. d. gem. Rts. 2, 323, Rudorff, a. a. O. 56 ff. Noch auf dem Standpunkt von Leist stand Rudorff, RG 1, 270 f.

[4] Jahrb. d. gem. Rts. 2, 323 f. Gegen ihn Rudorff, a. a. O. 57.

[5] A. M. jedoch wieder Karlowa, RG I, 640 ff.

operis noui nuntiatione, de damno infecto usw. Für die Exzeptionen ihrerseits fehlt es zwar an solchen dem Anhange vorausgeschickten ausdrücklichen Verheißungen.[1] Allein die bloße Tatsache, daß wir die Exzeptionen fern von den Materien, zu denen sie gehören, sämtlich in einem Abschnitt des Edikts beieinander finden, genügt durchaus, um darzutun, daß dieser Abschnitt als bloßer Anhang gedacht ist. Denn ein innerer Grund, der eine solche Zusammenfassung der Exzeptionen fast am Schlusse des Edikts rechtfertigen könnte, ist schlechterdings nicht zu ersehen; namentlich hat die Gewährung von Exzeptionen durchaus nicht, wie Mommsen will, den Charakter einer arbiträren Verfügung des Prätors, oder sie hat ihn nur in dem gleichen Sinne, wie die Gewährung der actio selbst: sie gehört zu dem alltäglichen Apparat des gewöhnlichen Formelverfahrens. Der Abschnitt von den Interdikten endlich verdankt seine Entstehung gewiß nur der Absicht, diese prozessualisch eigentümlichen Rechtsmittel beieinander zu haben, seinen Platz am Schlusse des Edikts aber lediglich der Tatsache, daß man für die Interdiktenformulare im eigentlichen Systeme des Edikts keinen passenden Platz fand.

Die nach Abzug der drei Anhänge übrigbleibende Hauptmasse des Edikts wird von Rudorff in der bereits mehrfach angeführten Abhandlung[2] in vier, im EP in drei Abschnitte eingeteilt. Diese Differenz ist eine rein formelle und bedeutet nicht etwa eine Meinungsänderung: Rudorff hat nur einfach im EP die in der Abhandlung angenommenen beiden Mittelabschnitte, die den Kern des Edikts bilden, unter gemeinsamer Rubrik zusammengefaßt. Die Gesichtspunkte seiner Einteilung aber ergeben sich aus den Namen, die er seinen obersten Rubriken gibt:

I. DE IURISDICTIONE, i. e. de actionibus in iure instituendis (in der angef. Abh.: Klagannahme und Prozeßeröffnung im allgemeinen).

II. DE IUDICIIS, i. e. de litibus per iudicem decidendis.

1. Prior classis iudiciorum: de rebus (in der Abh.: Rechtsschutz durch Aktionen nach Maßgabe der spezialisierten Formeln).
2. Posterior classis iudiciorum: de possessionibus (in der Abh.: Besitzschutz durch Missionen und Rechtshilfe gegen Gewalt).

III. DE RE IUDICATA, i. e. de exsecutione sententiarum (in der Abh.: Prozeßentscheidung und Vollstreckung).

[1] Edikte, wie das de pactis oder quod metus causa, die man in diesem Sinne zu interpretieren versucht sein könnte, haben, wie schon ihr Wortlaut zeigt, eine sehr viel allgemeinere Bedeutung und waren ursprünglich ohne Zweifel gar nicht auf die Gewährung von Exzeptionen gemünzt. Und dieses letztere gilt ebenso von denjenigen Edikten, in denen der Prätor unter gewissen Voraussetzungen keine actio geben zu wollen erklärt, wie beispielsweise vom Edikt de iureiurando und de operis libertorum. Sie waren wörtlich gemeint im Sinn einer denegatio actionis (irrig Lenel, Urspr. u. Wirkg. der Exzeptionen 18), und als daher später die zugehörigen Exzeptionen proponiert wurden, setzte man sie unter die noch in den Digesten (44. 5) erhaltene Rubrik „quarum rerum actio non datur“. Vgl. unten Teil II, § 278.

[2] ZRG 3, 61.

Näher hat Rudorff diese Einteilung in der angeführten Abhandlung erläutert, und zwar laufen seine Gedanken im wesenlichen auf folgendes hinaus.

Den legislativen Kern des Edikts bilden nach R. zwei Abschnitte: die Aktionen und die Missionen, in prozeßrechtlicher Umrahmung. „Dem Aktionenrecht vorauf geht die Prozeßeröffnung, die Kompetenz der munizipalen Untergerichte, die Edition der Klage, Ladung und Vadimonium, Prozeßlegitimation, Beseitigung der Klagbehinderung durch präliminare Restitution des verlorenen Rechtsstands, endlich der Rechtszwang gegen den Schiedsrichter und die Anordnung des Iudicium mit den Judizialstipulationen . . . Auf der entgegengesetzten Seite folgen dem Missionenabschnitte die Organe des Rechtszwangs: die Streitbeendigung durch Endurteil, Geständnis, Ungehorsam und die Vollstreckung." Der Aktionen- und der Missionenabschnitt ihrerseits grenzen sich nach Rudorff nicht ab nach dem historischen Gegensatz zwischen Zivilrecht und prätorischem Recht: die Formel der actio sei nicht minder magistratisch als die Mission. Auch nicht nach der prozessualischen Form: der Aktionenabschnitt enthalte zwar vorzugsweise Aktionen, aber doch auch vereinzelte Interdikte (?) und Kautionen (?), und der Missionenabschnitt enthalte außer den prätorischen Besitzdekreten doch auch zahlreiche Aktionen. Der die Abgrenzung bestimmende Gegensatz sei vielmehr „der wohlbekannte und praktisch wichtige Gegensatz des Rechtsschutzes und des Besitzschutzes, des Petitorium und des Possessorium".

Die Grenzen der Abschnitte bestimmt Rudorff folgendermaßen. Der Eröffnungsabschnitt endigt bei dem problematischen Titel de iudiciis omnibus (vgl. Teil II tit. XIV); gedachter Titel selbst ist nach der angef. Abhandlung in den Eröffnungsabschnitt noch einzuschließen, während er im EP den folgenden Abschnitt als spezielle Einleitung eröffnet. Der Aktionenabschnitt geht von hier ab bis einschließlich des Titels de iure patronatus (tit. XXIV unserer Übersicht); der Missionenabschnitt vom Titel de bonorum possessionibus (tit. XXV) bis zu dem de iniuriis (XXXV) einschließlich; das Gebiet des Schlußabschnitts ergibt sich hiernach von selbst.

Die hier vorgeführten Ideen Rudorffs enthalten ohne Zweifel sehr viel Richtiges, ja, man darf sagen, daß hier zum erstenmal eine gesunde Grundlage für die Erkenntnis des Ediktsystems geliefert ist. Vor allem ist anzuerkennen, daß Rudorff zuerst die vier Hauptmassen, in die Julian oder seine Vorgänger den Ediktstoff geschieden haben, örtlich richtig gegeneinander abgegrenzt hat, und richtig ist ferner, daß der Kern des Edikts in den beiden mittleren Abschnitten liegt, zu denen sich der erste und vierte als Einleitung und Schluß verhalten. Im weitern aber bedarf Rudorffs System einer sorgfältigen Einzelprüfung, die keineswegs durchgängig zustimmend ausfallen kann.

Betrachten wir zunächst den Einleitungs- und den Schlußabschnitt. Rudorff faßt sie auf als „prozeßrechtliche" Umrahmung des Mittel- und

Hauptstücks, und offenbar gebraucht er hier das Wort „prozeßrechtlich" im Gegensatz zu dem materiellrechtlichen Inhalt des Haupt- und Mittelstücks, obwohl er, wie wir früher gesehen haben, mehrfach das ganze Edikt eine „Reichszivilprozeßordnung" nennt. Jener behauptete Gegensatz nun besteht in Wirklichkeit in dieser Weise nicht. Allerdings finden sich die verhältnismäßig wenigen rein prozeßrechtlichen Bestimmungen, die das Edikt enthält, vorzugsweise in dem Eröffnungs- und dem Schlußabschnitt, aber mindestens in jenem durchaus nicht in der Zahl und Bedeutung, daß man ihm den Charakter einer prozeßrechtlichen Einleitung zusprechen dürfte: denn die Aktionen, die der Prätor zur Sicherung und Durchführung prozeßrechtlicher Zwecke aufstellt, — solche bilden in der Tat den Kern des Eröffnungsabschnitts —, sind nicht mehr und nicht weniger Prozeßrecht als alle andern Aktionen auch. Genauer und vollkommen richtig wäre es gewesen, wenn Rudorff sich begnügt hätte, zu sagen, die Zusammenstellung der in dem Einleitungs- und Schlußabschnitt enthaltenen Materien sei von einem prozessualen Gesichtspunkt aus erfolgt. Handeln die Mittelabschnitte im wesentlichen von der gerichtlichen Geltendmachung materieller Rechte, so hat dagegen der einleitende Abschnitt im wesentlichen — d. h. abgesehen von den im Edikt überall zu beobachtenden gelegentlichen Durchbrechungen des Systems, die auf Nebenrücksichten zurückzuführen sind — den Zweck, die Rechtsverfolgung und Verteidigung, überhaupt den Rechtsgang selbst bis zur Gewährung des Iudiciums zu ordnen und zu sichern.[1] Diesem Gesichtspunkt ordnet sich, wie wir demnächst sehen werden, der ganze Inhalt des ersten Abschnitts mit Leichtigkeit unter. Als natürlicher Gegensatz ergaben sich als Materie des Schlußabschnitts die extrema in iurisdictione, Exekution und Nichtigkeitsbeschwerde nebst allem, was dazu Bezug hatte. Ob und inwieweit der Inhalt der so geschaffenen Abschnitte Prozeß-, ob und inwieweit er materielles Recht sei, diesen Punkt dürfte der Ediktredaktor schwerlich auch nur in Erwägung gezogen haben. Das Bedürfnis, zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht systematisch scharf zu scheiden, ist sehr modernen Datums.

Weit schwerere Bedenken als Rudorffs Charakterisierung des Einleitungs- und Schlußabschnitts erregt seine Einteilung des Mittel- und Hauptstücks des Edikts. Unrichtig ist schon die formelle Einteilung „Aktionenabschnitt . . . Missionenabschnitt". Was in aller Welt berechtigt dazu, dem zweiten Unterabschnitt diesen letztern Namen zu geben? Mag man auch die bonorum possessio, womit er beginnt, zu den Missionen i. w. S. rechnen: was hat aber beispielsweise die operis noui nuntiatio, was hat die ganze Zahl von Judizien, die am Schlusse des Abschnitts stehen, mit den Missionen zu tun? Nicht minder mißlich steht es mit dem materiellen Gegensatz, den Rudorff hinter diesem formellen findet: es soll der

[1] Wesentlich übereinstimmend Brinz, krit. Vjschr. 11, 500, dessen Gesichtspunkt „Schutz und Beschaffung der iurisdictio" mir nur etwas zu enge scheint.

Gegensatz sein zwischen Rechtsschutz und Besitzschutz, zwischen Petitorium und Possessorium. Ich will mich nicht an die durchaus und offensichtlich unpassende Bezeichnung „Besitzschutz" klammern, die schon bei dem ersten und wichtigsten Titel des angeblichen Missionenabschnitts — dem Titel de bonorum possessionibus — in keiner Weise zutrifft. Rudorff selbst hat das Schiefe dieser Bezeichnung empfunden, er definiert selber (a. a. O. S. 70) den Inhalt des zweiten Unterabschnitts viel weiter als „die Reihe der mannigfaltigen Formen von Rechtsmitteln, durch welche die Ergreifung, Behauptung und Wiedererlangung jenes dauernden Zustands tatsächlicher Herrschaft vermittelt wird, den wir im allgemeinen Sinne des Worts als Besitzstand bezeichnen dürfen". In diese weitgesteckten Grenzen nun läßt sich, wie leicht begreiflich, ein großer Teil des sog. Missionenabschnitts ohne Schwierigkeit einordnen. So vor allem der Titel de bonorum possessionibus. Was die nächstfolgenden Titel de testamentis und de legatis Fremdartiges enthalten, findet Erklärung durch die auch wahrscheinlich richtige Annahme, daß diese Titel bloße Anhänge zu dem Titel de bonorum possessionibus, von diesem letztern attrahiert seien. Die Beziehungen ferner der drei Nachbarrechtsinstitute — operis noui nuntiatio, cautio damni infecti, actio aquae pluuiae arcendae (tit. XXVIII–XXX) — zum Besitz liegen auf der Hand. Im Titel de liberali causa (tit. XXXI) sodann braucht man nur, was freilich schon etwas Kühnheit erfordert, die ordinatio liberalis causae, die Ordnung des Besitzstands im Freiheitsstreite, als die Hauptsache anzusehen, an die sich der ganze übrige Inhalt des Titels ankristallisiert hat, und auch dieser Titel fügt sich Rudorffs Hypothese. Hiermit sind aber auch die Konzessionen, die wir ihr machen können, zu Ende. Der Rest des sog. Missionenabschnitts hat mit dem Besitz einfach gar nichts zu tun. Man muß bei Rudorff selbst nachlesen, wie er die Edikte de publicanis, de hominibus armatis, de turba usw. unter seinen Gesichtspunkt zwängt. Wo zur Entwendung oder Beschädigung beweglicher Sachen, sagt er, Gewalt hinzukomme, Gewalt der Publikanen oder ihrer Leute, Aufgebot bewaffneter Mannschaft, Auflauf, Feuer, Einsturz, Schiffbruch, Eroberung eines Schiffs, da habe die Gewalt als das Überwiegende erscheinen müssen: die prozessualische Form des Schutzes sei zurückgetreten, und trotzdem daß hier Aktionen, Vorführungszwang und Strafandrohungen wechseln, habe man diese erschwerenden Gewalttätigkeiten den Schutzanstalten gegen Gewalt angelehnt.[1]

Es ist offenbar ein recht weiter Begriff des Besitzschutzes, der diesen letztern Ausführungen Rudorffs zugrunde liegt, und doch ist er nicht weit genug, um den Inhalt des sog. Missionenabschnitts zu decken. Rudorffs

[1] a. a. O. 71, vgl. auch Brinz, krit. Vjschr. 11, 492f. Welchen Schutzanstalten gegen Gewalt? muß man übrigens billig fragen. Sind die Institute, die vor jenen Aktionen im Edikt behandelt sind, — die bonorum possessio, die operis noui nuntiatio, die cautio damni infecti, die causa liberalis — durch die Bezeichnung „Schutzanstalt gegen Gewalt" in ihrem eigentlichen Wesen richtig getroffen?

Gesichtspunkt erweist sich als durchaus unzulänglich bei dem letzten Titel des Abschnitts, demjenigen de iniuriis, der weder mit Besitz noch mit Gewalt irgend etwas zu tun hat und doch von keinem der vorhergehenden Titel attrahiert sein kann. Aber sogar wenn man diesen Einwurf übersehen wollte: entscheidend ist gegen Rudorffs Hypothese schon das, daß alle die obigen Aktionen von den Römern selbst nirgends auch nur andeutungsweise zum Besitzschutz in Beziehung gestellt werden. Nicht darauf kann es ankommen, ob wir Modernen im Wege der Abstraktion zu einem Begriff des Besitzschutzes gelangen können, unter den jene Aktionen (wie übrigens auch zahlreiche andere) besser oder schlechter passen, sondern allein darauf, ob ein solcher Begriff bei den Römern und speziell bei den Römern spätestens zur Zeit Hadrians lebendig war. Wird nun dieses letztere irgend jemand behaupten können? ist von einem Begriff des Besitzschutzes, wie ihn Rudorff aufstellt, in den Quellen irgendwo die geringste Spur zu entdecken? und wenn nicht, wie will man behaupten, daß eben dieser Begriff bei der Systematisierung des wichtigsten legislatorischen Werks, das die Römer hatten, eine Hauptrolle gespielt habe? Und noch ein Weiteres. Rudorff selbst hat nachgewiesen, eine wie untergeordnete Rolle im Ediktsystem die Schuldistinktionen spielen. Alles ist hier — wir werden das unten bestätigt finden — nach praktisch-ökonomischen Rücksichten geordnet: diesen gegenüber tritt beispielsweise selbst der uralt hergebrachte Gegensatz zwischen actiones in rem und in personam in zweite Linie zurück. Und nun sollte jener abgeblaßte, unfaßbare Rudorffsche Besitzbegriff das Bindeglied eines ganzen Ediktabschnitts sein? die Rücksicht auf einen solchen Begriff sollte die Ursache gewesen sein, um derentwillen die Vergehen der Publikanen, der Raub und andere qualifizierte Fälle der Entwendung in die Nachbarschaft der bonorum possessio und der causa liberalis gestellt sind, Materien, die in der populär-praktischen Anschauung noch viel weniger miteinander gemein haben als in der wissenschaftlich-theoretischen? Glaube das, wer kann.

Ich halte die obigen Erwägungen für völlig ausschlaggebend gegen Rudorffs Hypothese. Merkwürdig genug nun aber: es läßt sich auch aus den römischen Ediktwerken selbst nachweisen, daß deren Verfassern der Begriff „possessio" nicht als das Prinzip des sog. Missionenabschnitts galt, und die Tatsache, die ich im Auge habe, hätte wohl eine sorgfältigere Berücksichtigung von seiten Rudorffs verdient. Mitten in dem sog. Missionenabschnitt nämlich, mitten unter dessen letzten Titeln finden wir in den Ediktwerken des Gaius und Paulus, ebenso im System der Julianischen Digesten, gerade die Materie erörtert, die nach Rudorff die Signatur des ganzen Abschnitts bilden soll: die Lehre vom Besitz und daran angeschlossen die von der Usukapion.[1] Sie steht bei Paulus zwischen dem Titel de praediatoribus (Paul. 53) und dem de iniuriis (Paul. 55), in demselben

[1] Daher auch die Stellung dieser Lehren in des Paulus sententiae (V, 2) und im Codex Theod. und Iust.

Buche, wo die actio ui bonorum raptorum und das Edikt de incendio ruina usw. besprochen sind (Paul. 54).[1] In der gleichen Umgebung und also ohne Zweifel durch die gleiche äußere Ursache hierhergezogen, steht die Lehre auch bei Gaius,[2] Julian,[3] Celsus[4] u. a. Daß nun diese Erörterungen sich nicht direkt auf eine Ediktklausel beziehen, ergibt ihr ganzer Inhalt: sie sind ein bloßer Exkurs, eine gelegentliche Abschweifung, und nur so läßt es sich auch erklären, daß Ulpian, dessen Kommentar uns sonst am vollständigsten überliefert ist, keine Spur einer dergleichen Erörterung zeigt. Was jene Digression, in der ohne Zweifel das Julianische System dem Gaius und Paulus Vorbild war, äußerlich veranlaßte, wissen wir nicht. Rudorff (EP § 183 n. 1) setzt sie in Beziehung zu der actio ficticia der Publikanen, wobei es ganz im Dunkeln bleibt, was denn Besitz und Usukapion mit jener actio zu tun haben.[5] Ich selbst verwies in der ersten Auflage dieses Buchs auf die usureceptio ex praediatura, die gelegentlich des Edikts de praediatoribus zur Erwähnung gelangt sein und auf die Frage nach den Voraussetzungen der Usukapion überhaupt geführt haben könne, und auf die actio ui bonorum raptorum, bei der auf die Unersitzbarkeit der res ui possessae[6] die Rede gekommen sein möge. Auch diese Vermutungen können nicht befriedigen. Denn von dem Edikt de praediatoribus handelt Paulus in lib. 53, von Besitz und Usukapion in lib. 54; es ist nicht glaublich, daß er einen Exkurs zu einer Nebenfrage des Prädiaturrechts in ein neues Buch verlegt hätte. Und die zweite Hypothese ist doch gar zu weit hergeholt. Wir werden auf die Lösung des Rätsels verzichten müssen. Wo sie aber auch liegen möge: ist es denkbar, daß die Lehre vom Besitz von Paulus und Gaius, daß sie von dem Ediktredaktor selbst in Gestalt eines solchen gelegentlichen Exkurses mitten unter Detailedikte der letzten Abteilung des sog. Missionenabschnitts eingeschaltet worden wäre, offenbar um sie nur überhaupt irgendwo unterzubringen, ist dies denkbar, wenn „Besitz" das Stichwort dieses ganzen Abschnitts war, wenn also die Stelle an seiner Spitze sich von selbst für die Behandlung der allgemeinen Lehre vom Besitz aufdrängen mußte? Mir scheint, daß schon diese eine Tatsache zur Verwerfung von Rudorffs Hypothese nötigen würde. —

Muß Rudorffs Einteilungsprinzip verworfen werden, so fragt sich, wo ein anderes und besseres zu finden ist.

Wir haben gesehen, daß die Zusammenstellung des Eingangs- und Schlußabschnitts des von seinen Anhängen befreiten Edikts nach prozessualen Gesichtspunkten erfolgt ist; auch die Anhänge selbst sind nach prozessualen, nämlich bloßen Formrücksichten zusammengesetzt. Von selbst drängt sich der Zweifel auf, ob nicht auch für die Einteilung des

[1] Vgl. Paul. nr. 656-676.
[2] Gai. nr. 333. 334.
[3] Iulian. nr. 608-620.
[4] Cels. nr. 195. 199. 200.
[5] Auch spricht gegen diese Beziehung der Umstand, daß der Exkurs bei Paulus erst hinter dem Titel de praediatoribus steht, der dem Titel de publicanis (et uectigalibus) nachfolgt.
[6] Paul. 54 (41. 3) 4 § 22-27, (43. 16) 8.

Mittelstücks des Edikts, statt materiellrechtlicher Erwägungen, wie Rudorff will, vielmehr lediglich solche prozessualer Natur maßgebend gewesen seien. Überblicken wir den Inhalt des ersten Unterabschnitts dieses Mittelstücks (von Rudorff Aktionenabschnitt tituliert), so findet sich, daß wir es hier, von geringfügigen und leicht verständlichen Ausnahmen abgesehen, überall mit der Verheißung von Judizien, d. i. der normalen Form der Rechtsverfolgung zu tun haben. Mußten wir uns nun auch dagegen erklären, daß Rudorff diesem Aktionenabschnitt den zweiten Unterabschnitt als Missionenabschnitt gegenüberstellt, so ist doch die Tatsache, daß wir die sämtlichen nicht exekutiven Missionen in diesem Unterabschnitt beisammen finden, gleichwohl beachtenswert. Dieser Abschnitt steht, insoweit er Missionen enthält, zu jenem ersten sog. Aktionenabschnitt ohne Zweifel in einem prozessualen Gegensatz. Überhaupt aber finden wir in der ersten und größeren Hälfte des Abschnitts (XXV–XXX der Übersicht) nur ganz wenige Judizien, eingesprengt zwischen durchaus andersartige ediktale Bestimmungen oder an sie angehängt. Den Kern bilden hier die Edikte über die bonorum possessio, über mancherlei prätorische Kautionen (cautio usufructuaria, legatorum seruandorum causa, ex operis noui nuntiatione, damni infecti nomine) und die bereits erwähnten Missionen. Die wenigen hier proponierten Judizien (auch die in dem Titel XXX de aqua enthaltenen)[1] verdanken diese ihre Stelle offenbar nur ihrer innern Beziehung zu den Gegenständen jener Edikte. Anders scheint es freilich mit den Schlußtiteln (XXXI–XXXV) des sog. Missionenabschnitts zu stehen. Hier sind ja überall iudicia proponiert, der unterstellte Gegensatz zu dem Aktionenabschnitt scheint also zu versagen. Welcher prozessualen Eigentümlichkeit können der Titel de liberali causa, die Edikte de publicanis, de praediatoribus, de hominibus armatis et bonis raptis, de turba, de incendio ruina naufragio rate naue expugnata, endlich der Titel de iniuriis ihre Stellung außerhalb des Aktionenabschnitts verdanken? Die Antwort scheint nur unfindbar, ist es aber nicht. Alle diese Aktionen waren wahrscheinlich als iudicia recuperatoria proponiert, und diese Tatsache wird ihnen ihren Platz im Album an dieser Stelle gegeben haben. Für den Freiheitsprozeß sind uns Rekuperatoren als die zuständigen Richter schon von Plautus[2] und Cicero,[3] sodann von Sueton direkt bezeugt, von letzterm in einem Zusammenhang, der es klar stellt, daß sie, wenn nicht immer, so doch jedenfalls regelmäßig hier das Geschworenenamt ausübten.[4]

[1] Vgl. unten S. 30.

[2] Rudens V, 1, 2.

[3] Pro Flacco 17, 40.

[4] Domitian. c. 8: reciperatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit. Auch in den Digesten wird mehrfach beim Freiheitsprozeß eine Mehrheit von iudices erwähnt; aber hier sind nicht, mindestens nicht überall, recuperatores zu unterstellen. (40. 12) 27 § 1 hat ohne Zweifel die Konsuln im Auge, ebenso wahrscheinlich (4. 8) 32 § 7, wo jedenfalls Rekuperatoren nicht gemeint sein können. In (40. 1) 24 pr. wird an die Centumvirn zu denken sein (vgl. Wlassak, bei Pauly-Wissowa s. v. Centumviri VII B). Ebenso wohl auch bei den plures iudices des fr. 36 de re iud. und in fr. 38 pr. eod. (vgl.

Dies Ergebnis wird bestätigt durch die oratio principis in BGU nr. 611, die die minores XXIV annis vom Rekuperatorenamt ausschließt, weil man nicht will, daß so junge Leute Freiheitsprozesse entscheiden sollen.[1] Von Rekuperatoren wurden ferner die Publikanenprozesse abgeurteilt: so schon, mag es sich hier auch um öffentlichen, nicht um Privatprozeß handeln, nach der auf den Bembinischen Bruchstücken erhaltenen lex agraria von 643 a. u. c. (lin. 37ff.), so auch nach dem Bericht Ciceros.[2] Den Inhalt des Edikts de praediatoribus kennen wir nicht: daß aber die hier etwa proponierten Judizien ebenfalls rekuperatorisch waren, dies folgt mit Wahrscheinlichkeit aus der Analogie des Publikanenedikts. Für das folgende Edikt de hominibus armatis coactisue sind uns die Rekuperatoren in Ciceros Rede pro Tullio[3] bezeugt, und zwar mit Worten, die es kaum zweifelhaft lassen, daß sie als Richter im Edikt selbst vorgesehen waren[4]; und daß ein Gleiches auch für die inhaltlich jenem so nahe verwandten Edikte de turba, de incendio etc. anzunehmen ist, bedarf keines besondern Beweises.[5] Es bleibt also nur noch die Injurienklage, von der Gell. N. A. XX 1 § 13 ausdrücklich meldet: praetores ... iniuriis aestumandis ... recuperatores se daturos edixerunt.[6] Vergleichen wir mit dieser Zusammenstellung die Judizien des sog. Aktionenabschnitts — die iudicia recuperatoria des Einleitungsabschnitts (Gai. IV, 46. 185, l. Rubria c. 21 i. f.) lasse ich natürlich beiseite —, so finden wir, daß in der ganzen großen Schar dieser Judizien nur ein einziges ist, bei dem wir Anhalt für die Vermutung haben, es sei vielleicht als rekuperatorisches proponiert gewesen,[7] und dieses einzige — die actio de sepulchro uiolato[8] — steht, merkwürdig genug, unter dem Titel, der im Kommentar des Gaius und vielleicht im Provinzialedikt selbst, aus dem Aktionenabschnitt weg in Rudorffs Missionenabschnitt versetzt ist, unter dem Titel de religiosis (s. oben S. 9). Sollte dies bloßer Zufall sein? Ist nun meine Annahme richtig, daß am Schluß des vermeintlichen Missionenabschnitts alle rekuperatorisch proponierten Judizien vereinigt waren, so können wir auch hier wieder einen prozessualen Gegensatz zu dem Aktionenabschnitt konstatieren. Allerdings ist ja bekanntlich dadurch,

Wlassak, Judikationsbefehl 195f.). Schwierigkeit bereitet letzterer Beziehung freilich fr. 24 pr. (40. 1): die hier erwähnte lex hätte für die Centumvirn das in fr. 38 pr. angeführte Reskript überflüssig machen müssen. An die Authentizität des von W. zur Erörterung herangezogenen Septemviralgerichts kann ich nach wie vor (Paling. I, 957) nicht glauben.

[1] Vgl. Mitteis, Hermes 32, 639f.

[2] Pro Flacco 4 § 11. Für die Provinzialjurisdiktion vgl. noch in Verr. II, 3 c. 11–14, c. 21.

[3] Passim, vgl. z. B. c. 3 § 7.

[4] c. 3 § 7 cit.: nec recuperatores potius darent quam iudices. Dazu (gegen Wlassak, röm. Prozeßges. II, 317) Eisele, Beiträge 59f.

[5] Vgl. auch Rudorff, EP § 187[10].

[6] Vgl. auch Cic. de inuent. II, 20 § 60.

[7] Nicht hierher gehört das in der ersten Auflage angeführte praeiudicium an libertus sit. Wenn Sueton. Vesp. c. 3 von der Gemahlin Vespasians berichtet, sie sei, obwohl eigentlich Latinae condicionis, dennoch reciperatorio iudicio als ingenua und civis Romana anerkannt worden, so beweist das Beiwort „reciperatorio" in diesem Zusammenhang gewiß nicht, daß Rekuperatoren hier regelmäßig das Richteramt versahen, eher das Gegenteil.

[8] (47. 12) 3 § 8: Qui de sepulchri uiolati actione iudicant, aestimabunt usw.

daß der Prätor in gewissen Fällen einen iudex, in andern Rekuperatoren verheißt, nicht etwa die Art der Besetzung des Geschworenenamts für alle künftigen Prozesse der entsprechenden Klasse unabänderlich festgestellt. Vielmehr ist kein Zweifel, daß statt der verheißenen Rekuperatoren unter Umständen ein iudex ernannt werden konnte, und umgekehrt statt des im Album genannten iudex Rekuperatoren.[1] Nichtsdestoweniger kann die Tatsache, daß der Prätor ausdrücklich ein iudicium recuperatorium versprach, nicht bedeutungslos gewesen sein. Es geschah dies allem Vermuten nach bei denjenigen Rechtsstreitigkeiten, deren schleunige Erledigung von besonderer Wichtigkeit schien, und der Prätor würde sich hier mit seinem Edikt in Widerspruch gesetzt haben, wenn er den Kläger, der die Bestellung von Rekuperatoren forderte, ohne besondere Gründe gezwungen hätte, sich mit einem iudex zu begnügen.[2]

Wir haben festzustellen gesucht, daß der angebliche Missionenabschnitt zur Aufnahme von Rechtsmitteln anderer Art bestimmt war als der Aktionenabschnitt. Von selbst erhebt sich die Frage, ob es nicht möglich ist, den hier vorhandenen Gegensatz unter einen größeren Gesichtspunkt zu bringen. Dies ist von mir in der ersten Auflage, dann in anderer Weise in der französischen Ausgabe dieses Buchs ohne Erfolg versucht worden. Dort führte ich die uns beschäftigende Zweiteilung auf den Gegensatz zwischen iurisdictio und imperium zurück. Ich erinnerte daran, daß „iubere caueri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis“,[3] und glaubte daraus, daß die iudicia recuperatoria nach Gai. IV, 105 „imperio continentur“, schließen zu dürfen, daß auch die recuperatorum datio außerhalb der iurisdictio i. e. S. liege. Die Untersuchungen Wlassaks[4] haben mich längst überzeugt, daß auf diesem Wege unserer Zweiteilung nicht beizukommen ist. Die relativ junge Unterscheidung zwischen imperium (oder vielmehr ea quae magis imperii sunt) und iurisdictio i. e. S. hatte Bedeutung nur für die Rechtsprechung der Munizipalmagistrate der Kaiserzeit, denen die Befugnisse des imperium i. e. S. entzogen waren, nicht für die magistratus maiores, und konnte daher kaum zur Grundlage einer Einteilung des Edikts gemacht werden. Wenn ferner die iudicia recuperatoria „imperio continentur“, d. h. auf der magistratischen Amtsgewalt beruhen, so ist dies gesagt im Gegensatz nicht zu den Rechtsmitteln der „iurisdictio“, sondern zu den auf Gesetz beruhenden iudicia legitima; es ist nichts weniger als sicher, ja es ist nicht einmal wahrscheinlich, daß den Munizipalmagistraten, abgesehen von besonderer Ermächtigung, durchaus die Befugnis fehlte, Rekuperatorengerichte einzusetzen.[5] Um

[1] Vgl. Wlassak, Prozeßgesetze II, 309ff., und für die causa liberalis I, 179[12], ferner Wenger, bei Pauly-Wissowa s. v. reciperatio II, 2.

[2] Vgl. gegen das von Wlassak behauptete Recht der Parteien, zwischen iudex und recuperatores zu wählen, Eisele, Beiträge 52ff.

[3] (2. 1) 4, (50. 1) 26 § 1.

[4] Röm. Prozeßges. II, besonders §§ 36. 37.

[5] Jedenfalls ist dies nicht aus der in der ersten Auflage angef. lex Mamilia Roscia v.

dieser Bedenken willen verlegte ich in der französischen Ausgabe das beherrschende Prinzip der Einteilung in den Gegensatz, der der Darstellung bei Gai. IV, 104f. zugrunde liegt: den Gegensatz zwischen den auf Gesetz beruhenden iudicia und allen den Rechtsmitteln und Rechtshilfen, die ihre Kraft und Geltung nur der magistratischen Amtsgewalt verdanken. Allein auch dieser Ausweg kann nicht befriedigen. Iudicia legitima sind bekanntlich diejenigen, quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur. Auf diesen Begriff also müßte man sich den sog. Aktionenabschnitt zugeschnitten denken. Was hat aber dieser Begriff mit den Zwecken des edictum perpetuum zu tun? Jede einzelne actio des Edikts konnte sowohl zu einem iudicium legitimum wie zu einem iudicium imperio continens führen. Ob zu dem einen oder andern, das hing von den Umständen des Falls ab und konnte unmöglich voraus verkündigt werden. Selbst für den Urbanprätor hätte es keinen Sinn gehabt zu erklären, daß er bei den im Aktionenabschnitt proponierten Formeln, und gerade nur bei ihnen, Rechtsstreitigkeiten allein inter ciues im Auge habe, über die in der Stadt oder innerhalb des ersten Meilensteines ein iudicium eingesetzt werden solle; geschweige denn für den Peregrinenprätor oder einen Provinzialstatthalter.

Trotz des Scheiterns der obigen Versuche müssen wir jedenfalls daran festhalten, daß der Ediktabschnitt, der sich aus den Titeln XXV–XXXV unserer Rekonstruktion zusammensetzt, für sich eine Einheit bildet; es ergibt sich dies mit Sicherheit daraus, daß, wie im folgenden Kapitel zu zeigen ist, diese Titel unter sich nach einem im Edikt mehrfach wiederkehrenden systematischen Gesichtspunkt geordnet sind. Wir dürfen daher der Frage nicht müde werden, wo denn der sie verbindende gemeinsame Gedanke liegt. Daß auf diese Frage keine jeden Zweifel ausschließende Antwort möglich ist, kann nach Lage der Quellen niemanden wundernehmen. Es gilt sich mit einer Hypothese zu begnügen, die, wie ich immerhin hoffe, festeren Grund hat als die früher von mir aufgestellten. Ich suche den Gegensatz zwischen den beiden uns beschäftigenden Ediktabschnitten jetzt in dem zwischen der ordentlichen und schleunigen Rechtshilfe. Die Gewährung von iudicia sub uno iudice war — dies werden wir auf Grund von Gai. II, 279 wohl als sicher annehmen dürfen — in Rom an die ordentliche Gerichtszeit, den sog. rerum actus, in den Provinzen dementsprechend an den conuentus gebunden. Nicht so alle die Rechtsbehelfe, die die Signatur des zweiten Abschnitts bilden. Bei der bonorum possessio, den mancherlei hier geordneten Kautionen und Missionen liegt das ja auf der Hand; die jurisdiktionelle Hilfe würde hier, wenn sie nicht jederzeit zu erlangen gewesen wäre, i. d. R. ihren Zweck verfehlt haben. Dasselbe gilt aber auch von den iudicia recuperatoria, die, wie bereits bemerkt und nicht zu be-

109 v. Chr. (Fabricius, Heidelb. Sitzgsber. 1924) c. 55 (Bruns fontes[7] 95) zu folgern. Vgl. Wlassak, a. a. O. 320 n. 50, dessen Anzweiflung des Textes ich mich aber nicht anschließen möchte.

zweifeln, auf ein beschleunigtes Verfahren angelegt waren. Mit Recht wird angenommen, daß die Erlangung von Rekuperatoren auch außerhalb des rerum actus möglich war; ohne diese Befreiung von der regelmäßigen Gerichtszeit würden alle andern auf Beschleunigung abzielenden Maßregeln des Rekuperatorenverfahrens praktisch von sehr geringem Wert gewesen sein.[1] Hiermit hätten wir ein praktisch hochwichtiges im großen durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal für den Inhalt der beiden Abschnitte gewonnen. Daß die Trennung der Materien nicht ganz konsequent durchgeführt ist, daß sich auch in dem zweiten Abschnitt einige nicht rekuperatorisch proponierte Judizien finden, darf nach dem ganzen Charakter der Ediktsystematik nicht wundernehmen. Diese Judizien verdanken durchweg ihren Platz der Rücksicht auf ihre verwandtschaftliche Beziehung zu andern ediktalen Bestimmungen, von denen man sie nicht trennen wollte. So werden insbesondere für die Aufnahme des Titels de testamentis die Edikte über die Testamentseröffnung und Testamentseinsicht maßgebend gewesen sein, für die des Titels de legatis die Edikte über die daselbst angeordneten Kautionen und über die missio legatorum seruandorum causa, für die des Titels de aqua et aquae pluuiae arcendae die Nachbarschaft der andern nachbarrechtlichen Institute. Die zu diesen Materien gehörigen Judizien, auch wenn sie sub uno iudice proponiert waren, aus dem Zusammenhang zu lösen, hätte dem Publikum die Übersicht des Albums eher erschwert als erleichtert, und so ließ man sie denn in unserm Abschnitt stehen, ebenso wie man keinen Anstand nahm, aus Rücksicht auf die actio tutelae z. B. die Edikte de administratione tutorum und de suspectis tutoribus in den Aktionenabschnitt zu setzen, oder wie man sich durch das bloße Wort receptum bestimmen ließ (s. unten S. 33), das receptum nautarum und argentariorum in einen diesen Instituten ganz fremdartigen Zusammenhang zu ziehen.

Das Edikt hat sich uns nach prozessualen Gesichtspunkten in vier Hauptabschnitte geordnet. Die Ordnung der Materien innerhalb dieser Abschnitte und innerhalb der Anhänge soll im folgenden Kapitel untersucht und sodann auch das ädilizische Edikt in Kürze in Betracht gezogen werden.

[1] Es wird genügen, hier auf die überzeugenden Ausführungen Eiseles, Beiträge (1896) 42 ff., zu verweisen.

Viertes Kapitel

Das Ediktsystem im einzelnen

§ 1

Der einleitende Abschnitt

In dem Eingangsabschnitt des Edikts, der die Ordnung und Sicherung des Rechtsgangs bis zur Einsetzung des Iudiciums zum Gegenstande hat, nehmen billigerweise die erste Stelle diejenigen Edikte ein, die die Ordnung und Sicherung der Jurisdiktionsgewalt selbst bezwecken. Da jedoch diese Materie überwiegend gesetzlich geordnet war, da ferner der Prätor seine eigene iurisdictio durch die ihm zu Gebote stehenden Machtmittel, hinsichtlich deren ein Bedürfnis zu edizieren nicht vorlag, im allgemeinen ausreichend zu sichern imstande war, so beschränkt sich das Edikt auf wenige ergänzende Vorschriften. Es gehören hierher, wie ich vermute, zwei Titel.[1] Tit. I, von der Munizipaljurisdiktion handelnd, schützt den Rechtsgang in den Munizipien durch die actio Si quis ius dicenti non obtemperauerit (§ 1) und eine zweite (§ 2) wider den, der der in ius uocatio vor den Munizipalmagistrat nicht Folge leistet oder sonst den unter dem Titel de in ius uocando (tit. V) gegebenen ediktalen Vorschriften zuwiderhandelt, delegiert ferner den Munizipalmagistraten in gewissem Umfang die Gerichtsbarkeit hinsichtlich damnum infectum (§ 3), ordnet deren Pflichten in betreff der Bewachung von fugitiui (§ 4), beides unter Verheißung einer actio wider den säumigen Magistrat, und leitet mit dem Edikt de uadimonio Romam faciendo (actio wider den Weigerer des Vadimoniums) zu tit. II hinüber, der die iurisdictio überhaupt, die des Prätors und der Munizipalmagistrate, betrifft. Dieser enthält, soweit ersichtlich, nur zwei Edikte: er reagiert gegen die Verächter der maiestas praetoris[2] durch die Popularklage de albo corrupto und gegen solche, die die iurisdictio mißbrauchen, durch das Edikt Quod quisque iuris in alterum etc.

Die folgenden Titel stehen bereits in engerer Beziehung zum Verfahren. Die erste Pflicht, die jemand, der zum Prozesse schreiten will, — noch vor der Ladung — erfüllen muß, ist die zur editio actionis.[3] Daher steht an erster Stelle — noch vor dem Titel de in ius uocando — der Titel (III) de edendo, dessen Kern die Edikte de edenda actione und de edendis instrumentis bilden: als bloßer Anhang ist das Edikt über die Editionspflicht der Argentarien anzusehen. Auf diesen folgt, anscheinend als selbständiger Titel (IV), das Edikt de pactis, offenbar gedacht unter

[1] Vielleicht war es auch nur ein einziger: de iurisdictione.

[2] Vgl. Brinz, krit. Vjschr. 11, 501.

[3] Lenel, SZ 15, 385ff.

dem Gesichtspunkt des Vergleichs,[1] der den Prozeß überflüssig macht: „die Förderung der Vergleiche ist eine Förderung, weil Erleichterung auch der Jurisdiktion“.[2] Hat kein Vergleich stattgefunden, so kommt es zum Prozeß, der durch die Ladung eingeleitet wird. Daher als nächster Titel (V) der de in ius uocando: dieser schärft die Folgepflicht ein und sichert durch actiones poenales den Rechtsgang wider den widerspenstigen uocatus und wider den Dritten, der durch Gewalt dessen Erscheinen verhindert; zugleich werden die Ausnahmen von der unbedingten Folgepflicht geordnet. Sind die Parteien in iure erschienen, so untersucht der ius dicens vor allem, ob sie die Postulationsfähigkeit besitzen: es folgt also naturgemäß tit. VI de postulando, der ebenfalls der Ordnung des Rechtsgangs insofern dient, als, wie Brinz[3] mit Recht bemerkt, die Zurückweisung der Postulationsunfähigen den Zweck hat, die Gerichtswürde (dignitas) aufrechtzuerhalten und zu bewahren. Tit. VII de uadimoniis leitet das Verfahren einen Schritt vorwärts: er sichert durch seine verschiedenen Edikte, die hier ins einzelne zu verfolgen unnütz wäre, das Wiedererscheinen des Beklagten in iure. Weiterhin ist in iure die Frage zu erledigen, ob die Formel auf die Partei selbst oder einen Stellvertreter abgefaßt werden soll: dieser Materie in ihren verschiedenen Beziehungen ist tit. VIII de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus gewidmet. Die Edikte über die Kognitur als das (trotz Wlassak) ältere Institut stehen hier voran; den Schluß bildet das Edikt de negotiis gestis, dessen ursprünglicher Zweck es war, die Verteidigung der indefensi zu fördern.[4]

Die bisher betrachteten Titel betreffen alle nur die formellen Voraussetzungen des Verfahrens in iure; sie haben keine Beziehung zum materiellen Recht der Parteien. Aber die Ordnung und Sicherung des Rechtswegs fordert auch ein Eingehen auf dieses. Der Prätor sucht einerseits den Mißbrauch des Rechtswegs nach Möglichkeit zu verhüten; er beseitigt andererseits, soweit es die Billigkeit fordert, die materiellrechtlichen Hindernisse, die das ius strictum der Rechtsverteidigung und Rechtsverfolgung in den Weg legt. Dem ersten Zweck dient die Abschreckung der Kalumniatoren durch tit. IX de calumniatoribus. Die von Cujaz[5] vertretene und von Rudorff[6] adoptierte Meinung, das in (3. 6) 1 pr. überlieferte Edikt verdanke seine Stelle im System bloß der an-

[1] Vgl. schon Cuiac. obs. X, 30, Giphanius, oecon. iur. Francof. 1606, 99, Rudorff, ZRG 4, 32. S. auch Jhering, Geist des RR I, § 11a n. 45. Eine nicht uninteressante Analogie bietet Blackstone, der die Lehre von accord und arbitration gleichfalls der Behandlung der Rechtsverfolgung vorausschickt.

[2] Brinz, a. a. O. 501.

[3] a. a. O.

[4] Vgl. Wlassak, z. Gesch. d. NG (1879) 42. Ulp. 10 (3. 5) 1: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium uersatur, ne indefensi rerum possessionem aut uenditionem patiantur . . . S. auch Partsch, NG (Hdlb. Sitzgsber. 1913), 13 n. 1 und 2.

[5] Obs. XXIII, 16.

[6] ZRG 4, 77.

ziehenden Kraft des Worts negotium, das ihm mit dem unmittelbar vorhergehenden Edikt de negotiis gestis gemeinsam ist, diese Meinung, wenig anmutend an sich, ist durch nichts gerechtfertigt; jenes Edikt paßt, wie gezeigt, durch seinen Inhalt sehr gut in den Zusammenhang des ersten Ediktabschnitts, und überdies, wie ich an seinem Orte unten nachweisen werde, handelt es sich hier auch keineswegs bloß um jenes vereinzelte Edikt, sondern um einen ganzen Titel, der doch schwerlich bloß durch das Edikt de negotiis gestis attrahiert sein kann. Den zweiten oben namhaft gemachten Zweck erfüllt der Titel (X) de in integrum restitutionibus.[1] Innerhalb dieses Titels dürfte, wie Rudorff richtig bemerkt hat, die Ordnung der Edikte darauf beruhen, daß die drei ersten unter ihnen (quod metus causa, de dolo malo, de minoribus) die Aufhebung der verbindenden Kraft eines gestum oder contractum, d. h. die Beseitigung einer iure ciuili begründeten actio, die folgenden aber Restitution einer iure ciuili verlorenen actio als Hauptzweck verfolgen. Den Schluß bildete, wenn echt, das Edikt über die Vererbung des Restitutionsanspruchs der Minderjährigen.

Ehe das Edikt mit dem Titel (XII) de satisdando auf die zur Sicherung des Erfolges der iudicia notwendigen Maßnahmen übergeht, verweist der Prätor noch zuletzt auf die Möglichkeit einer Vermeidung des iudicium durch außergerichtliche Streiterledigung im Wege des Kompromisses, und er fördert die dahin gerichtete Absicht der Parteien durch Verheißung von Zwang gegen den arbiter, — tit. XI de receptis. Die Edikte über das receptum nautarum und das receptum argentariorum sind, wie hinsichtlich des erstern schon Cujaz[2] richtig gesehen hat, in die Gesellschaft des Edikts qui arbitrium receperint lediglich dadurch gekommen, daß auch in ihnen die Übernahme der Verbindlichkeit durch das Wort recipere bezeichnet ist.[3]

Den Abschluß des ersten Ediktabschnitts bilden die Titel (XII) de satisdando, dessen Bedeutung im Zusammenhang dieses Abschnitts soeben bereits angedeutet wurde, und (XIII) Quibus causis praeiudicium fieri non oportet, der die Rangordnung unter den verschiedenen Judizien zu wahren bestimmt ist.

[1] Vgl. Rudorff, a. a. O. 88f.

[2] Obs. XXIII, 16.

[3] Die von Rudorff, a. a. O. 108 gegebene zusätzliche Erklärung — das Edikt über das receptum nautarum bezwecke ebenso wie das über das Kompromiß den Privatvorteil der Parteien (die actio recepticia weist er noch ausdrücklich aus der Gesellschaft der andern recepta aus) — ist in Wahrheit keine Erklärung der Zusammenstellung, sondern lediglich eine Deklaration ihrer Willkürlichkeit, wie auch Rudorff selbst eingesehen hat. Auch Bekkers Versuch (SZ 3, 7), einen innern Zusammenhang zwischen den drei Edikten dadurch herzustellen, daß er in allen dreien dem „recipere" die ursprüngliche Bedeutung von „mandatum recipere" vindiziert, halte ich für nicht gelungen. Vgl. noch Wenger, bei Pauly-Wiss. s. v. recipere. Die thèse von H. Vincent, Res recepta (1920), war mir nicht erhältlich.

§ 2

Der zweite Abschnitt: die ordentliche Rechtshilfe

Am Eingang des zweiten Ediktabschnitts steht sehr passend der Titel (XIV) de iudiciis.[1] Er war es, der der pars de iudiciis[2] des Schulgebrauchs den Namen gab, wie der Titel de rebus creditis der pars de rebus, und seine Stellung am Eingang ist vorbildlich gewesen für die entsprechende Stellung des Titels de iudiciis der Justinianischen Digesten.

Freilich aber hat unser Edikttitel mit diesem Justinianischen Titel inhaltlich gar nichts gemein. Es gehören unter ihn, wie sich aus dem, nach unserer Annahme dem Ediktsystem folgenden, Paulinischen Kommentar ergibt, folgende Edikte:[3] über die interrogatio in iure an heres sit (§ 53), de iureiurando (§ 54), über die praescriptio bei der actio ex stipulatu, (sehr wahrscheinlich) über die praescriptiones bei bonae fidei iudicia (§§ 55. 56),[4] über die interrogatio in iure bei Noxalklagen (§ 58) und endlich vielleicht[5] auch das über die Exkusationen und die Verantwortlichkeit des iudex (§ 59). Allen diesen Edikten ist zunächst das gemeinsam, daß ihr Inhalt entweder für alle oder doch für eine größere Anzahl im Edikt proponierter Aktionen bedeutsam ist, daß sie generelle Edikte sind: generell sind die Edikte über die Interrogationen und den Eid, generell, ihrem Gesamtzweck nach betrachtet, auch die zur Abwendung der Folgen der prozessualen Konsumtion bestimmten Edikte über die Präskriptionen, generell auch das über den iudex. Diese Allgemeinheit des Inhalts ist es, was ihre Zusammenstellung in den Generaltitel de iudiciis veranlaßt haben wird. Die Edikte dürften aber bis auf das letzte, dessen Zugehörigkeit zweifelhaft ist, auch formell einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt besessen haben, insofern nämlich sehr wahrscheinlich nicht bloß die Edikte der §§ 55. 56, sondern auch die Edikte über die Interrogationen und in vorklassischer Zeit auch das Edikt über den Eid zur Gewährung von Präskriptionen führten,[6] und so also die Beziehung ihres Inhalts auf andere Judizien auch äußerlich zum Ausdruck kam.

Ehe wir zu den nun folgenden Titeln übergehen, wird es notwendig

[1] So auch Rudorff, EP § 55, der in ZRG 3, 61 u. 4, 120 den Titel an den Schluß des Eingangsabschnitts stellte. Den Inhalt des Titels hat aber R. weder hier noch dort erkannt.

[2] C. Omnem § 1.

[3] Die Ursache, um derentwillen die Zusammengehörigkeit dieser Edikte früher allgemein verkannt worden ist, und die Gründe, aus denen das System des Paulinischen Kommentars als das Ediktsystem angesehen werden muß, habe ich oben erörtert. Vgl. S. 11 f.

[4] § 57 der 1. Aufl. fällt aus, vgl. Teil II bei [§ 57].

[5] S. unt. bei § 59. Der Platz des fraglichen Edikts ist nicht ganz sicher festzustellen.

[6] Vgl. wegen der Interrogationen unten § 53. 58. Darüber, daß der Prätor bei dem Edikt über den Eid ursprünglich nicht die Gewährung einer exceptio im Auge hatte, vgl. § 54; dann aber ist es sehr wahrscheinlich, daß ehedem bei Streit über die Tatsache des Eids die eventuelle Denegation der actio in Form einer praescriptio (ea res agatur, si . . .) stattfand.

sein, das System unseres Abschnitts im ganzen ins Auge zu fassen. Die Einsicht in dieses System ist von **Rudorff**[1] sehr wesentlich gefördert worden. Er hat die für die Systematisierung leitenden Gesichtspunkte großenteils richtig nachgewiesen, und der Hauptvorwurf, der ihm zu machen ist, ist nur der, daß er im Ein- und Untereinteilen mehrfach zu weit gegangen ist. Dieses letztere gilt m. E. schon von der durch ihn behaupteten Grundeinteilung unseres Abschnitts. Rudorff nimmt an, daß er, entsprechend den schulmäßigen partes de iudiciis und de rebus, in zwei Teile zerfalle, deren erster „die erhaltenden (dinglichen oder persönlichen) Klagen zum Schutz bereits erworbener Güter gegen Abstreitung oder Beschädigung" umfasse,[2] während der zweite sich auf „Erwerbansprüche aus vorbereitenden Geschäftsobligationen" beschränke. Gegen das erste Glied dieser Einteilung ist insofern nichts einzuwenden, als die bezeichneten Aktionen in der Tat den wesentlichen Inhalt des großen, von mir „de his quae cuiusque in bonis sunt" überschriebenen tit. XV bilden. Um so bedenklicher ist das zweite Glied der Einteilung. Rudorff ist zu seiner Aufstellung ohne Zweifel nur dadurch veranlaßt worden, weil er es für ein logisches Postulat hielt, den erworbenen Rechten die Ansprüche auf künftigen Erwerb gegenüberzustellen. Dabei ist übersehen, daß, was logisches Postulat ist, deswegen noch lange nicht im Ediktsystem verwirklicht zu sein braucht. Gegen die Charakterisierung der Ansprüche aus den Geschäftsobligationen als Erwerbansprüche entscheidet vor allem der Umstand, daß diese Charakterisierung unrömisch ist: eine derartige Auffassung ist, wenn irgendeine, den Quellen fremd. Sie ist aber auch juristisch und ökonomisch unzutreffend: die weitaus meisten Geschäftsobligationen erzeugen keine Erwerbansprüche, mindestens nicht solche in anderm Sinne als die Deliktobligationen. Oder wie will man es einleuchtend machen, daß die Ansprüche aus Darlehen, Kommodat, Depositum, Mandat, Sozietät, Tutel usw. „Erwerbansprüche aus vorbereitenden Obligationen" seien, die Ansprüche aus der lex Aquilia, dem Edikt de effusis usw. dagegen nicht? Im Gegenteil: was wir aus jenen Geschäften zu fordern haben, das rechnen wir schon ohne weiteres zu unserm Vermögen, bezeichnen es als „unser", während wir weit eher geneigt sind, das uns aus Deliktansprüchen Zufließende als einen, sei es auch zur Entschädigung dienenden, Erwerb zu betrachten. Wahrlich, es bedürfte sehr triftiger Beweise, um es glaublich erscheinen zu lassen, daß das Ediktsystem jener sonderbaren Auffassung folge.

Sucht man sich von diesen Phantasien zu befreien, so bemerkt man

[1] ZRG 3, 65f.

[2] **Rudorff**, EP 269, überschreibt dies primum genus (iudiciorum de rebus) mit der Rubrik „de rebus non creditis". M. E. ist auch diese **Bezeichnung** nicht glücklich gewählt. Offenbar ist dabei gegensätzlich an die Rubrik de rebus creditis gedacht. Diese ist aber eine bloße **Titel**rubrik, der in unserm Abschnitt nicht **eine**, sondern eine ganze Reihe anderer Titelrubriken zur Seite stehen. Die Zweiteilung de rebus non creditis und de rebus creditis verbietet sich daher von selbst. Dies auch gegen **Brinz**, krit. Vjsch. 11, 494.

alsbald, daß der Reihenfolge der Titel in unserm Abschnitt ein ganz einfacher Gedankengang zugrunde liegt. In dem ersten auf den vorausgeschickten Generaltitel folgenden Spezialtitel (XV), dem ich die bereits angeführte Rubrik gegeben habe, sind, wenn man von den bloß ankristallisierten Materien absieht, die dinglichen und persönlichen Aktionen zusammengestellt, die zum Schutze der in bonis nostris befindlichen Sachgüter gegen Abstreitung oder Beschädigung dienen: Sachgüter aber, in dem Sinne wie das Wort hier zu verstehen, sind auch die Servituten, — die Personalservituten als pars dominii, die Realservituten als praedia qualiter se habentia. Der Inhalt dieses Titels mußte zwei Gegensätze zum Bewußtsein bringen. Einmal, Sachgüter extra bona: daher tit. XVI de religiosis. Zweitens, Vermögensbestandteile, die nicht Sachgüter sind, — Forderungen: diese bilden den Gegenstand von tit. XVIIff. Unter ihnen nehmen die erste Stelle ein die ältesten und einfachsten Obligationen: res creditae mit ihren Anhängen (tit. XVII). Daran schließen sich, wahrscheinlich unter besonderm Titel, vielleicht auch als bloßer Anhang, die actiones adiecticiae qualitatis (tit. XVIII): der Gedanke an die Verbindlichkeit aus eigenem Kreditgeschäft rief sogleich den Gedanken an diejenige aus fremdem Kreditgeschäft wach. Daß die Einschaltung der actiones adiecticiae schon hier erfolgt, ist zwar nicht ganz logisch, da diese Klagen ja in einem logischen Gegensatz nicht bloß zu den unter dem Titel de rebus creditis geordneten Verbindlichkeiten stehen, sondern zu allen, auch den unter den folgenden Titeln geordneten Kontraktsaktionen; aber solche Verstöße gegen die systematische Konsequenz kommen im Ediktsystem jeden Augenblick vor, und hier mag noch speziell auf die naheliegende Möglichkeit hingewiesen werden, daß bei den Musterformeln der actiones adiecticiae die condictio als Vorbild diente. Dem strengrechtlichen creditum treten sodann weiterhin die bonae fidei Obligationen mit ihren Anhängen gegenüber, vermutlich in folgende Titel eingeteilt: bonae fidei iudicia (XIX), de re uxoria (XX) — dieser als Anhang den tit. (XXI) de liberis et de uentre nach sich ziehend —, de tutelis (XXII) — dieser wieder durch die actio rationibus distrahendis das nahverwandte[1] furtum (XXIII) attrahierend —, de iure patronatus (XXIV). Der Gedankengang dieser Titelfolge liegt zutage: Geschäft — Familie, Familie: Ehe, Kinder, Vormundschaftsbedürftigkeit, Familie im weitern Sinne (einschließlich der Freigelassenen).

All das ist überaus einfach: nur das könnte man zu fragen versucht sein, warum unter den Forderungen nicht auch die Forderungen aus Sachbeschädigung figurieren, diese vielmehr unter der Kategorie „Schutz der Sachgüter" bereits in tit. XV proponiert sind. Hierauf wäre die Antwort

[1] Rudorff, EP § 134[1]: quoniam tutor, qui pupillum fraudatur, uelut fur improbior est. Tutel und Furtum stehen auch im Sabinussystem zusammen, aber wahrscheinlich nur zufällig, nicht aus dem obigen Gesichtspunkt, vgl. Lenel, in der Straßburger Festgabe zu Jherings Doktorjubiläum (1892) 97, 101f.

die: weil dem Prätor, der jene Aktionen hinter den Vindikationen proponierte, der ideale Zweck dieser Aktionen gegenüber der juristischen Natur des in Bewegung gesetzten Mittels systematisch das Bedeutsamere schien. Diese Auffassung läßt sich sehr wohl begreifen, und ich habe ihren innern Grund vorhin schon angedeutet. Wenn wir die Bilanz unseres Vermögens machen, so würden wir, was wir aus Darlehen, Kommodat, Depositum, Kauf, Tutel usw. zu fordern haben, der Regel nach als Aktivum mitzählen, eine etwaige Forderung ex lege Aquilia oder de effusis u. dgl. in der Regel aber nicht: es liegt dies teils daran, daß jene erstern Forderungen in der ungeheuern Mehrzahl der Fälle unweigerlich erfüllt werden, um diese aber meistens prozessiert werden muß, teils auch daran, daß der Gegenstand der erstern im Normalverlauf der Dinge genau ziffernmäßig feststeht, während der der letztern erst durch eine unsichere litis aestimatio festgestellt werden muß: jene können daher gebucht werden, diese nicht. Nichts ist nun natürlicher, als daß in einem von ökonomischen Gesichtspunkten beherrschten System diejenigen Aktionen, deren voraussichtlicher Erfolg rechnungsmäßiger Vermögensbestandteil ist, einen andern Platz einnehmen als diejenigen, die zwar bestimmt sind, einen eingetretenen Vermögensschaden auszugleichen, deren Gegenstand aber wegen der Ungewißheit ihres realen Erfolgs selber noch nicht im Vermögen mitzählt: hier entscheidet über die Stellung im System die Natur des Schadens, den die actio auszugleichen bestimmt ist, dort die Rücksicht auf ihre selbständige ökonomische Bedeutung.

Dies vorausgeschickt, wende ich mich nunmehr zu den einzelnen Titeln.

XV. De his quae cuiusque in bonis sunt.

Dieser Titel zerfällt in zwei Abteilungen, deren erste alle unter den Titel gehörigen Edikte (nebst beigefügten Formeln) enthält, während in der zweiten diejenigen (zivilen oder prätorischen) Formeln proponiert sind, denen kein Edikt entspricht. Das im einzelnen befolgte System läßt sich am besten bei der zweiten Abteilung, als der weit reichhaltigeren und in der Ordnung der Materien sicherer überlieferten, erkennen. Hier stehen voraus die in rem actiones. Diesen folgen die actiones de damno dato, d. h. die, die Ersatz für zerstörte oder beschädigte Sachgüter bezwecken. Weiterhin die iudicia divisoria, vielleicht ebenfalls als Schädensklagen (de parte rei) gedacht,[1] wofür ihre von mir aufgedeckten Demonstrationen[2] Anhaltspunkte bieten würden, wahrscheinlicher einfach als Aktionen unter Mitberechtigten, die sehr natürlich an die aus Alleinberechtigung oder auch aus Mitberechtigung wider dritte Unberechtigte sich anschließen. Die Materie „Mitberechtigung“ — consortium — attrahiert sodann die eigentlich nicht hierhergehörige Materie „Mitverpflichtung“ — consortium in diesem Sinne: wir finden daher hier die auf die Bürgschaft bezüg-

[1] So Rudorff, EP 270.

[2] Vgl. Teil II, § 79–81.

lichen Formeln.[1] Den Schluß der Abteilung bilden als eine Art Anhang die Formeln, die bestimmt sind, ein anderes Iudicium vorzubereiten oder den Schaden auszugleichen, den eine Partei in einem andern Iudicium durch Verschulden einer an der Entscheidung beteiligten Person erlitten hat: man könnte sie iudicia praeparatoria und secutoria nennen. Ich habe dabei einerseits die actio ad exhibendum, andererseits die actio wider den mensor im Auge, bei der in erster Linie an ein durch dolus des mensor verlorengegangenes iudicium finium regundorum oder de modo agri zu denken ist.[2]

Für die Ordnung innerhalb der genannten Kategorien war im ganzen maßgebend der zuerst von Rudorff gebührend betonte ökonomische Gesichtspunkt der Wertschätzung des Klagobjekts: die Klassifikation der Aktionen gründet sich hier wie in andern Teilen des Edikts im wesentlichen „auf die Wichtigkeit und den Geldwert der materiellen Gegenstände, dergestalt, daß die Erbschaft als Vermögensganzes dem Grundstück, das Grundstück als sicherstes und unbewegliches einzelnes Vermögensstück dem Sklaven, der Sklave als vernunftbegabtes Wesen dem Tier und dieses als Organismus der leblosen beweglichen Sache voraufgeht".[3] Diesem Prinzip entsprechend gehen in unserm Titel die actiones de uniuersitate denen de singulis rebus, unter diesen die de fundo denen de ceteris rebus voran. Die Vindikation der Sache selbst aber geht selbstverständlich wieder derjenigen von bloßen iura in re, und diejenige des umfassenderen ius in re der des minder umfassenden vor. So gewinnen wir unter den Vindikationen die Reihenfolge: hereditatis petitio, rei uindicatio, Personal-, Realservitutaktionen. Unter den Schädensklagen hinwieder steht die actio de modo agri als actio de fundo voran, und entsprechend im Anhang die actio wider den mensor vor der actio ad exhibendum. Anomal ist bei den Teilungsklagen das Voranstehen der actio finium regundorum; man sollte an erster Stelle die actio familiae erciscundae erwarten; die Tatsache ist wohl nur historisch zu erklären.[4]

Erst als unterstes Einordnungsprinzip kommt der geschichtliche Ursprung der Aktionen (älteres — jüngeres Zivilrecht, älteres — jüngeres prätorisches Recht) zur Geltung. Die h. p. ciuilis geht den actiones possessoriae, diese gehen der h. p. fideicommissaria vor; die rei uindicatio ciuilis der actio uectigalis; die Schädensklagen der 12 Tafeln der actio legis

[1] Die von Huschke, Lehre des röm. R. vom Darlehen (1882) 217, versuchte Erklärung für die systematische Stellung der Bürgschaft beruht auf unrichtiger Ansicht über die Stellung der Präskriptionenlehre im Ediktsystem.

[2] Vgl. (11.6) 1 pr.

[3] Rudorff, ZRG 3, 62. Die Bedenken v. Velsens, SZ 21, 112 n. 2 können nicht gegen die Tatsache aufkommen, daß das von Rudorff nachgewiesene Wertprinzip nicht bloß an dieser, sondern noch an zwei andern Stellen des Edikts die Einteilung des Stoffs beherrscht, s. §§ 3 und 5 A. dieses Kapitels. Vgl. auch noch § 5 C.

[4] Stellung in den 12 Tafeln und danach in den Legisaktionensystemen? Andere Erklärung, die mich nicht befriedigt, bei Rudorff, ZRG 3, 68.

Aquiliae, diese letztere der ihr nachgebildeten actio in factum aduersus nautas; die directa communi diuidundo der utilis, falls diese überhaupt proponiert war.

Die unter unserm Titel proponierten Edikte waren ohne Zweifel nach den gleichen obersten Gesichtspunkten geordnet wie die Formeln. Daher ist es gerechtfertigt, die bei Paul. 19 behandelte Publiciana als Vindikation den ebenfalls bei Paul. 19 erörterten Schädensedikten voranzustellen.

XVI. De religiosis.

Den Kern dieses Titels bilden die Edikte einerseits zur Wahrung des Eigentums gegen unbefugte Illation einer Leiche, andererseits zum Schutz des Begräbnisrechts und des sepulchrum selbst. Bloß attrahiert sind die Edikte Si locus religiosus pro puro uenisse dicetur und de sumptibus funerum. Letzteres steht, da nicht auf ein Grundstück bezüglich, am Schluß.

XVII. De rebus creditis.

In den Kommentaren zu diesem Titel stehen die Zivilklagen nebst den auf sie bezüglichen Edikten (über den Eid und die sponsio und restipulatio tertiae partis) voraus, die prätorischen nebst Edikten folgen. Ob im Album, wie wir für tit. XV annahmen, so auch hier die sämtlichen Edikte vorausgenommen waren, läßt sich nach dem uns vorliegenden Material weder bejahen noch verneinen.[1] Denn da auch die Zivilklagen des Titels von Edikten begleitet waren,[2] so mußte hier das System, das wir dem Paulus zuschreiben, zu der gleichen Ordnung der Materien führen wie das Ulpianische. Im einzelnen ist diese Ordnung die folgende:[3]

A. Actiones civiles (condictio), si certum petetur (§ 95):
  1. Certa pecunia.
  2. Certa res.

B. Prätorische Aktionen, si certum petetur:
  1. Jedermann zuständige:
    a) Certa pecunia.
      α) de eo quod certo loco dari oportet (§ 96).
      β) de pecunia constituta (§ 97).
    b) Certa res.[4]
      α) commodati (§ 98).
      β) pigneraticia (§ 99).
  2. Spezialactio der Argentarien (§ 100).

Commodati und pigneraticia sind gewiß beide an diesen Ort gestellt worden, ehe sie ihre in ius konzipierte Formel erhielten, die sie unter die bonae fidei

[1] Biondi, giur. decis. (1913) 19 läßt mich die Frage bestimmt bejahen, offenbar irregeführt durch die von mir in § 95 beobachtete Ordnung.

[2] Vgl. auch Girard, NRH 1904, 154.

[3] Anders Rudorff, EP 271.

[4] Vgl. Teil II unter tit. XVII.

iudicia gewiesen hätte. Warum wir nicht auch actio depositi und fiduciae hier finden, ist mit völliger Bestimmtheit nicht zu sagen. Vielleicht ist dies einfach darauf zurückzuführen,[1] daß die vier Aktionen zu verschiedenen Zeiten mit Bonae-fidei-Formel ausgestattet wurden, actio depositi und fiduciae sie schon besaßen, als der von Julian befolgte Ediktplan festgestellt wurde (s. oben S. 18), actio commodati und pigneraticia aber noch nicht.[2]

XVIII. Quod cum magistro nauis institore eoue qui in aliena potestate erit negotium gestum erit.

Den Grund, warum innerhalb dieses Titels die actio exercitoria, institoria, tributoria den andern adjektizischen Aktionen vorausstehen, gibt Ulp. (?) 29 (15. 1) 1 pr. dahin an:

> Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc peruenire, ubi de peculio datur actio.

Dieser schwerlich dem Ulpian zuzutrauende Bericht gibt aber kaum die Intentionen des Prätors richtig wieder und ist vielmehr nur bezeichnend für das geringe Maß an Nachdenken, das die Byzantiner Systemfragen widmeten. Das hier namhaft gemachte Einteilungsprinzip trifft nämlich in mehrfacher Richtung nicht zu. Einmal beziehen sich die actio exercitoria und institoria nach dem Wortlaut des Edikts keineswegs bloß auf Geschäfte von Gewaltunterworfenen; zweitens ist es nicht wahr, daß die erstproponierten Aktionen alle in solidum gehen (die tributoria nämlich nicht); und drittens ist gerade unter den letztproponierten wieder eine in solidum (die actio quod iussu). Die actio exercitoria, institoria, tributoria dürften vielmehr ihre Zusammenfassung, wie Baron[3] mit Recht vermutet, dem Umstand verdanken, daß sie aus gewerbemäßigem Geschäftsbetrieb durch einen andern entspringen. Unter ihnen selbst wieder steht die exercitoria als die ältere der institoria voraus, die tributoria aber, weil nicht in solidum gehend, zuletzt. Die Ordnung unter den übrigen adjektizischen Formeln ist gegeben durch die Unterscheidung: quod iniussu . . . quod iussu.[4] Das Edikt über das beneficium competentiae des gewaltfrei gewordenen Hauskinds bildet einen Anhang. Desgleichen verdankt das Edikt ad SC Vellaeanum seine Stellung im System wohl lediglich der Attraktionskraft der vorhergehenden Edikte. Von der potestas aus lag der

[1] Andere Vermutung in der 1. Aufl., noch andere bei A. Pernice, SZ 9, 227f., Karlowa RG II, 562. Gegen Karlowa vgl. Segrè, sull' età d. giud. etc., studi Fadda VI, 342.

[2] Vgl. über das Alter der auf b. f. abgestellten Formeln dieser Klagen die zit. Abh. von Segrè in den studi Fadda VI, 333ff. Es ist gewiß kein Zufall, daß actio depositi und fiduciae in dem Verzeichnis der b. f. iudicia bei Gai. IV, 62 aufgeführt werden, actio commodati und pigneraticia dagegen fehlen.

[3] Zschr. f. Handelsr. 27, 121f., die adjekt. Klagen (1882) 183f. Ganz ebenso schon Steph. sch. 3 in Bas. XVIII, 5, 1 (suppl. Zach. 204).

[4] Vgl. das Edikt in (14. 5) 2 pr.: siue sua uoluntate siue iussu eius in cuius potestate erit contraxerit.

Gedanke an manus, Geschlechtstutel, Frauen nahe, und so kam man von den Geschäften der Gewaltunterworfenen zu denen der Frauen, obwohl hier von einer adjektizischen Haftung keine Rede ist.

XIX. Bonae fidei iudicia.

Hier steht wieder, was der Titel an Edikten enthält, voraus: das Edikt de deposito nebst Formel. Die actio depositi zieht die actio fiduciae durch innere Verwandtschaft heran.[1] Den Kern des Titels bilden die Formeln aus den vier Konsensualkontrakten: Mandat, Sozietät, Kauf, Miete. Die actio de aestimato (§ 112) war wahrscheinlich dem Album fremd.

XX. De re uxoria.

Unter diesem Titel steht nach allen Kommentaren die actio rei uxoriae als Hauptinhalt und Signatur des Titels voran. Das Edikt über die Eideszuschiebung de rebus amotis ist bei Ulpian schon in die Darstellung der actio rei uxoriae (gelegentlich der retentio ob res amotas) verwoben, bei Paulus dagegen erst gelegentlich der actio rerum amotarum erörtert. Wir werden daraus vielleicht die Folgerung ziehen dürfen, daß dies Edikt weder an der einen noch an der andern Stelle stand, sondern, wie wir dies bei frühern Titeln beobachtet haben, am Eingang des Titels, während die Kommentatoren seine Erläuterung an den ihnen bequemsten Ort verlegten. Der Platz des Edikts de alterutro und des iudicium de moribus ist durchaus unsicher.

XXI. De liberis et de uentre.

Ist die von mir den Digesten entnommene Reihenfolge der Materien in diesem Titel die authentische des Edikts — aus den Inskriptionen der Kommentare läßt sich dies nicht beweisen —, so stand das praeiudicium de partu agnoscendo voraus, vermutlich deshalb, weil es sich auf lebende Kinder bezieht, während die folgenden Edikte vom uenter und den mit dem Ungeborenen juristisch verknüpften Verhältnissen handeln.

XXII. De tutelis.

Hier finden wir wieder an erster Stelle die Edikte des Titels[2] (§ 121–123), an zweiter die Formeln (§ 124. 125. 127). Unter letztern nehmen den ersten Platz die beiden actiones ciuiles, und zwar die actio tutelae als iudicium generale[3] vor dem ältern iudicium speciale de rationibus distrahendis; den Schluß bildet die actio subsidiaria aduersus magistratum.

XXIII. De furtis.

Die Ordnung in diesem Titel, hinsichtlich deren wir ganz auf Ulpian und die Digesten angewiesen sind, ist bei Ulpian die: 1. Actiones ciuiles (§ 128–131), 2. actiones praetoriae (§ 132–139). Ob im Album nicht hier,

[1] Vgl. A. Pernice, SZ 9, 227f.

[2] Vorausgesetzt, daß wir uns auf Ulpians Kommentar verlassen dürfen: die übrigen Ediktwerke lassen uns hier im Stich.

[3] Vgl. das freilich itp. fr. 38 pr. (17. 2) Peters SZ 32, 188f.

wie sonst, die Edikte voranstanden, muß dahingestellt bleiben. Unter den actiones ciuiles geht die auf das Hauptdelikt bezügliche actio furti nec manifesti der actio de tigno iuncto voraus; die Stelle der actio furti concepti und oblati ist nicht zu ermitteln. Die Ordnung der prätorischen Aktionen, auch diese nur zum Teil in den Digesten überliefert, ist wohl einfach die historische nach der Entstehungszeit der Edikte; höchstens die actio arborum furtim caesarum könnte ihre Stellung am Schluß etwa auch der enge begrenzten Natur ihres Tatbestands oder vielleicht dem Umstand verdanken, daß sie kein eigentliches furtum voraussetzt, sondern nur durch das Wort furtim unter den Titel de furtis attrahiert ist.

XXIV. De iure patronatus.

Das Hauptstück dieses Titels ist Edikt und iudicium de operis libertorum. Als bloßen Anhang sehe ich das praeiudicium über die Ingenuität an, das ohne Zweifel vorzugsweise[1] gerade auf den Fall berechnet war, wo der wegen der zugesagten operae in Anspruch genommene Freigelassene die Leistung auf Grund angeblicher Ingenuität weigerte.

§ 3

Der dritte Abschnitt: die schleunige Rechtshilfe

Die Titelfolge in diesem Abschnitt ist, ohne Rücksicht auf die innere Natur der behandelten Materien, lediglich durch das Wertprinzip diktiert, das wir oben (bei tit. XV) kennengelernt haben. Voran stehen die Rechtsmittel de uniuersitate (tit. XXV–XXVII: de bonorum possessionibus, de testamentis, de legatis); es folgen die de fundo (tit. XXVIII–XXX: de operis noui nuntiatione, de damno infecto, de aqua et aquae pluuiae arcendae),[2] diesen wieder die de homine (tit. XXXI: de liberali causa), endlich die de ceteris rebus. Unter den letzten nehmen die beiden Titel (XXXII. XXXIII) de publicanis und de praediatoribus den ersten Platz ein, weil bei ihrem Gegenstande das Staatsinteresse direkt beteiligt ist; den zweiten die schweren und schwer verpönten Delikte des tit. (XXXIV) de hominibus armatis etc.; den Schluß bildet das leichteste unter den rekuperatorischen Delikten: die Injurie (tit. XXXV). Einer besonderen Betrachtung bedürfen nur die tit. XXV–XXVII, XXXI, XXXV.

XXV. De bonorum possessionibus.

Das (von Rudorff[3] zum Teil verkannte) System innerhalb dieses Titels ist folgendes:

[1] Vgl. (40. 14) 6.

[2] Es ist bemerkenswert, daß der Titel de religiosis in Gaius' libri ad edictum prouinciale, die ihn, wie wir sahen (oben S. 9 f.), aus dem zweiten in den dritten Ediktabschnitt versetzt zeigen, hier genau an der Stelle erscheint, wo er nach dem Wertprinzip erwartet werden muß: in lib. 19, das die Rechtsmittel de fundo behandelt, und zwar vermutlich als erstes unter ihnen, weil die res diuini iuris den res humani iuris vorgehen.

[3] EP 273 f.

A. Si tabulae testamenti extabunt.
1. Generalia edicta.
a) bonorum possessio contra tabulas nebst Anhängen (§ 142–148).
b) bonorum possessio secundum tabulas (§ 149).
2. Specialia edicta:
a) de bonis libertorum (§ 150–153).
b) si a parente quis manumissus sit (§ 154).
c) bonorum possessio ex testamento militis (§ 155).
B. Si tabulae testamenti nullae extabunt.
Hier folgen die Intestatklassen der Reihe nach (§ 156–162[a]).
C. Clausulae generales.
1. Quibus non competit b. p. (§ 163).
2. Ut ex legibus senatusue consultis bonorum possessio detur (§ 164).
3. Successorium edictum (§ 165).

XXVI. De testamentis.

In diesem Titel stand das Edikt über die Testamentseröffnung (D. 29. 3) naturgemäß vor dem Edikt Si quis omissa causa testamenti (D. 29. 4); die Strafklausel Quorum testamenta fügt sich natürlich an den Schluß. Ganz an den Eingang habe ich das Edikt de condicione iurisiurandi gesetzt, weil es sich auf den Inhalt des Testaments bezieht, der Testamentsinhalt aber der Testamentseröffnung gegenüber das prius ist; doch bleibt auch die umgekehrte Ordnung möglich.

XXVII. De legatis.

Die Materienfolge ist hier in den Kommentaren wohl die, daß das ordentliche Rechtsmittel des Legatars den außerordentlichen Hilfsmitteln des Erben (cautio usufructuaria) und Legatars (cautio, eventuell missio) vorangeht: doch könnte nach den Inskriptionen auch das Edikt über die cautio usufructuaria vorangestanden haben.

XXXI. De liberali causa.

An der Spitze stehen in Ulpians Kommentar die Formeln für den Freiheitsprozeß in beiden Formen; diesen folgt das praeiudicium für den Fall des Streits, ob die eine oder die andere Formel die in concreto passende sei; ob im Album nicht umgekehrt das Edikt über letzteres vorausstand, muß dahingestellt bleiben. Zuletzt kommen die Strafklagen, die sich an den Freiheitsprozeß anknüpfen können, als Anhänge.

XXXV. De iniuriis.

Die Ordnung dieses Titels erläutert sich von selbst: 1. Generaledikt (§ 190), 2. Spezialedikte, anscheinend willkürlich geordnet (§ 191–193), 3. Edikte über die an Gewaltunterworfenen und von solchen verübten Injurien (§ 194–196). An den Schluß habe ich ohne positiven Anhalt das contrarium iudicium gesetzt, das aber ebensogut schon im generale edictum verheißen gewesen sein kann.

§ 4

Der vierte Abschnitt: Exekution und Nichtigkeitsbeschwerde

Dieser von Rudorff wenig gründlich behandelte Abschnitt zerfällt deutlich in drei Teile: Personalexekution, Realexekution, Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Unterabschnitt „Personalexekution", sehr fragmentarisch überliefert, enthielt mindestens einen Titel (XXXVI: de re iudicata?), der die Voraussetzungen und näheren Bedingungen der ductio ordnete. Daran schloß sich der Titel (XXXVII) Qui neque sequantur neque ducantur, dessen Rubrik ja deutlich eine Beziehung auf die Personalexekution verrät; dennoch bleibt die Möglichkeit, daß er schon in den Unterabschnitt von der Vermögensexekution gehört: denn er handelt ja von denen, gegen die die Personalexekution nicht zur Durchführung kommt.

Im Unterabschnitt „Realexekution" unterscheide ich vier Titel. Tit. XXXVIII (quibus ex causis in possessionem eatur) stellt die verschiedenen causae der missio zusammen und zwar: 1. der missio in bona uiuorum (§ 202–206); 2. der missio in bona mortuorum (§ 207–211), — hier sind die Edikte über Deliberationsrecht und Abstention eingeschoben, die mit der Klausel Cui heres non extabit in unverkennbarem innern Zusammenhange stehen; 3. (vermutungsweise) der missio in bona capite minutorum (§ 212). Tit. XXXIX (de bonis possidendis proscribendis uendundis) ordnet die Rechte und Pflichten der eingewiesenen Gläubiger und das Verfahren bis zur bonorum uenditio und sichert diese Vorschriften, soweit nötig, durch actiones poenales. Tit. XL (quemadmodum a bonorum emptore uel contra eum agatur) ordnet die Rechtsverhältnisse des bonorum emptor; wie in tit. XXXVIII wird auch hier unterschieden zwischen den bona uiuorum (actio Rutiliana nebst Zubehör, § 218–221) und den bona mortuorum (actio Seruiana nebst angeschlossenem Edikt de separationibus, § 222. 223). Tit. XLI (de curatore bonis dando) hat den Charakter eines Anhangs: er handelt von einer auf Antrag der Gläubiger zulässigen, im ordentlichen Verlauf des Verfahrens aber nicht von selbst gegebenen Sicherheitsmaßregel: er normiert die Rechtsstellung des curator bonorum und zwar sowohl im allgemeinen (§ 224), wie speziell im Falle der Veräußerung in fraudem creditorum (§ 225).

Am Schluß (nicht, wie Rudorff annimmt, fast am Anfang) des vierten Ediktabschnitts steht passend die Nichtigkeitsbeschwerde, tit. XLII de sententia in duplum reuocanda.

§ 5

Die Anhänge des Edikts

A. Die Interdikte

Das System in der Anordnung der Interdikte ist von Rudorff[1] im ganzen richtig rekonstruiert worden; einige Irrungen sollen im folgenden berichtigt werden.

Den ersten Rang nehmen die Interdikte de uniuersitate ein (§ 227–234). Zu diesen stelle ich auch (anders Rudorff, EP § 274. 275) das interdictum possessorium und sectorium.

Nun folgen die Interdikte de singulis rebus. Unter diesen stehen voran diejenigen de rebus diuini iuris (§ 235. 236). Die zweite Stelle haben die de rebus publicis (§ 237–244). Diese letztern teilt Rudorff weiter ein in solche de locis publicis, de itineribus publicis, de fluminibus (publicis). Mir scheinen vielmehr die Edikte de locis und itineribus zusammen das erste Glied der Einteilung zu bilden; denn in den Digesten schiebt sich ein Edikt de loco publico (§ 239) mitten unter die Edikte de itineribus publicis ein, und es ist gerade hier kein Grund, der Digestenordnung zu mißtrauen. Das Einteilungsprinzip wird also wohl sein: öffentliches Land (§ 237–240), öffentliches Wasser (§ 241–244). Als dritte und letzte Kategorie unter den Interdikten de singulis rebus finden wir diejenigen de rebus priuatis, und zwar nach folgendem System geordnet:

I. De rebus soli.

- A. De praediis.
  1. Recuperandae possessionis[2] (§ 245: Unde ui nebst Anhängen)
  2. Adipiscendae possessionis[3] (§ 246: Ne uis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit).
  3. Retinendae possessionis (§ 247: Uti possidetis nebst Anhängen).
  4. Tam adipiscendae quam recuperandae possessionis[4] (§ 248: Quem fundum und quem usumfructum).
- B. De superficiebus (§ 249).
- C. De iuribus praediorum.
  1. Rusticorum.
     - a) De itineribus (§ 250).
     - b) De aqua
       - α) ducenda (§ 251. 252).
       - β) haurienda (§ 253).

[1] EP 277 ff., vgl. ZRG 3, 64.

[2] Anderes Einteilungsprinzip bei Rudorff, EP 278, beruhend auf falscher Einordnung des Interdikts Quem fundum.

[3] Vgl. (41. 2) 52 § 2.

[4] Cf. Ulp. fr. Vindob. § 4. Dazu Berger, SZ 36, 221 f.

2. Urbanorum (§ 254: de cloacis).[1]

D. De operibus in solo factis.

1. Quod ui aut clam (§ 256).
2. Si opus nouum nuntiatum erit (§ 257).
3. De precario (§ 258). Dies eigentlich nicht hierher gehörige Interdikt ist vom interdictum Quod ui aut clam attrahiert: es verdankt seinen Platz der Gewohnheit, die drei Worte ui clam precario zusammen zu hören.[2]

E. De arboribus et fructibus arborum (§ 259. 260).

II. De rebus mobilibus.

A. De hominibus liberis (§ 261–263).

B. De seruis et ceteris rebus.

1. Generale de possessione (§ 264: Utrubi).
2. Specialia:
   a) de pignoribus (§ 265–267).
   b) de rebus in fraudem creditorum alienatis[3] (§ 268).

B. Die Exzeptionen

Die Anordnung der Exzeptionen im Edikt, wie sie sich aus den Kommentaren ergibt, scheint auf den ersten Blick ganz und gar willkürlich, und in der Tat hat Rudorff darauf verzichtet, hier ein System zu suchen. Gleichwohl liegt auch hier ein solches zugrunde. Augenscheinlich nämlich entsprechen die im Album zuerst proponierten Exzeptionen (Ulp. 74. 75) ihrem Charakter nach dem ersten Ediktabschnitt: sie beziehen sich auf Ordnung und Sicherung des Rechtsgangs. Wir finden hier die Exzeptionen, die die Versäumung des Vadimoniums entschuldigen, wozu auch die exceptio pacti gehört, die exceptiones cognitoriae und procuratoriae, die exceptio temporis, die exceptiones praeiudiciales und die exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae.[4] Auf diese, man möchte sagen, Prozeßexzeptionen[5] — folgen weiter (Ulp. 76) die eigentlichen Kontraktexzeptionen — rei uenditae et traditae, doli, metus — und als Anhang endlich erstens diejenigen Exzeptionen, deren Tatbestand im Edikt bereits als

[1] Das in der 1. Auflage unter § 255 vermutungsweise eingeschobene Interdikt Quam seruitutem ist schwerlich ediktal.

[2] Anders, gewiß unhaltbar, Rudorff, EP 279 (vgl. § 261), der um dieses Interdikts willen eine besondere Kategorie „de partibus (?) agrorum, item de iuribus praediorum et rebus mobilibus" aufstellt.

[3] Rudorff (EP 280) setzt das interdictum fraudatorium unter die Kategorie de praetorio pignore. Der Gesichtspunkt, daß das interdictum fraudatorium ein Pfandrechtsmittel sei, ist aber den Quellen fremd.

[4] Die exceptiones litis diuiduae und rei residuae habe ich nur vermutungsweise hier eingefügt.

[5] Der Ausdruck wird nicht mißverstanden werden: er ist natürlich nicht im Sinne unserer „Prozeßeinreden" gemeint.

Grund zur denegatio actionis vorgesehen war (quarum rerum actio non datur), und zweitens die allgemeine exceptio Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur. Auffallend ist nur, daß wir bei Ulp. 74 mitten unter den Prozeßexzeptionen die auf die Kontrakte der Argentarien bezüglichen Exzeptionen finden.[1] Dies dürfte sich daraus erklären, daß auch in dem ersten Ediktabschnitt, unter den Titeln de edendo und de receptis, die Bücher und gewisse Kontrakte der Argentarien vorkommen: die Ordnung der Exzeptionen lehnt sich hier an die des ersten Ediktabschnitts an.

C. Die prätorischen Stipulationen

Die im Edikt proponierten Stipulationen zerfallen, wie auch Rudorff[2] richtig erkannt hat, in zwei Kategorien: Stipulationen, die den Fortgang und die Sicherung des Erfolgs eines bereits vor den Prätor gebrachten Rechtsstreits, und solche, die die Sicherung sonstiger Parteiansprüche zum Zwecke haben.[3] Zu erstern gehören die Vadimonien, die cautio pro praede litis et uindiciarum, die cautio iudicatum solui (§ 280–282). Die zweite Kategorie ist wieder eingeteilt in cautiones de uniuersitate und de singulis rebus. Unter jenen stehen die erbrechtlichen, einschließlich der Kautionen de legatis, als die wichtigsten voran (§ 283–287). Ihnen folgt als einzige de bonis uiuorum die cautio rem pupilli saluam fore, von welcher die cautio ratam rem haberi attrahiert ist.[4] Stipulationen de singulis rebus sind die de auctoritate (satisdatio secundum mancipium), deren Anziehungskraft auch die actio auctoritatis ihre Stelle in diesem Abschnitt verdankt, ex operis noui nuntiatione,[5] damni infecti. Rudorff ist aufgefallen, daß die erstgenannte Kaution den beiden andern vorgeht, und er erklärt dies so, daß er jene als stipulatio communis, diese als spezielle de rebus soli bezeichnet. M. E. sind sie alle drei Stipulationen de rebus soli, insofern nämlich als höchstwahrscheinlich anzunehmen ist, daß die satisdatio secundum mancipium mit Beziehung auf die wichtigste res mancipi — den fundus — proponiert war.

[1] Den Wahrscheinlichkeitsbeweis, daß die drei Exzeptionen mercis non traditae, redhibitionis, pecuniae pensatae unter diese gemeinsame Rubrik gehören, habe ich unten in § 272 geliefert.

[2] EP 281.

[3] Ich vermeide die von Rudorff gebrauchten Ausdrücke stipulationes iudiciales und cautionales, die in diesem Sinne nicht quellenmäßig überliefert sind.

[4] Anders Rudorff, EP 281. Die Erwähnung der Tutel erinnerte aber an die Stellvertreter überhaupt. Vgl. insbesondere auch Gai. IV, 99.

[5] Diese Kaution sichert zwar, ganz ebenso wie die cautio pro praede litis et uindiciarum und die cautio iudicatum solui, den Erfolg eines Rechtsstreits. Aber dieser Rechtsstreit steht erst noch bevor, sie kann außer Gericht geleistet werden, und ihr nächster Zweck ist der, dem Nuntiaten das Weiterbauen zu ermöglichen. Daher ihre Stellung im System.

§ 6

Anhang. Das ädilizische Edikt

Das ädilizische Edikt war von Julian dem prätorischen als Anhang beigefügt.[1] Sein System ist überaus einfach. Es hat drei Rubriken: de mancipiis, de iumentis, de feris. Am Schluß ist die von den Ädilen formulierte stipulatio duplae proponiert. Innerhalb der Titel ist eine weitere Ordnung nicht bemerkbar: es dürfte hier lediglich die Entstehungszeit der Edikte für ihre Reihenfolge entscheidend gewesen sein.

[1] Daher wird die ädilizische Stipulation zu den prätorischen gerechnet: (45. 1) 5 pr., I. (3. 18) 2, und scheinen im Schulgebrauch der Kommentare die libri ad edictum aedilium curulium den libri ad edictum praetoris zugezählt worden zu sein (vgl. unten bei § 293). Wenn aber bei Paul. sent. I, 15 § 2 das Edikt de feris glattweg dem Prätor zugeteilt wird, so wird man zweifeln dürfen, ob Paulus das wirklich geschrieben hat.

ZWEITER TEIL

DIE EINZELNEN EDIKTE UND FORMELN



Tit. I

DE HIS, QUI IN MUNICIPIO COLONIA FORO IURE DICUNDO PRAESUNT[1]

§ 1. SI QUIS IUS DICENTI NON OBTEMPERAUERIT[2]

Ulp 1,[3] Paul. 1,[4] Gai. 1.[5]

In diesem Edikt war ein iudicium auf quanti ea res est wider denjenigen verheißen, der den Dekreten des ius dizierenden Munizipalmagistrats nicht gehorchte.[6]

Die Beziehung auf die Munizipalmagistrate ergibt sich zur Evidenz[7] aus fr. 1 h. t.:

> Omnibus magistratibus, non tamen duumuiris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.

Die Duumvirn können ihre Jurisdiktion nicht selbst durch iudicium wahren: darum, das ist hinzuzudenken, tut dies an ihrer Stelle der Prätor. Zur Unterstützung dienen Paul. 1 (2. 1) 20, Gai. 1 (50. 1) 29, Stellen, deren Zugehörigkeit zu unserm Edikt ebenso unzweifelhaft ist, wie ihre Beziehung auf die Munizipaljurisdiktion.

Die Digestenrubrik (2. 3) war vermutlich auch Ediktrubrik. Auf die Worte „si quis" geht anscheinend Ulp. 1 (50. 16) 1.

Das verheißene iudicium dürfte popular gewesen sein: wer dem Munizipalmagistrat den Gehorsam zu versagen wagte, wird häufig auch in der Lage gewesen sein, seinem Gegner die Klagerhebung in Rom zu verleiden,

[1] Der Wortlaut des Titels ist nicht bezeugt. Vgl. übrigens Prob. Einsidl. 22: M.C.F. = municipio *colonia* foro. In der franz. Ausg. gab ich dem Titel, in Anlehnung an die Digestenrubrik (50. 1), die Überschrift *ad legem municipalem;* durch diese doch recht problematische Anlehnung erhielt aber die Überschrift den Schein einer Authentizität, die sie nicht besitzt. Zum ganzen Titel vgl. meine Abhandlung in SZ 2, 16ff. Als Stücke einer Einleitung dazu fasse ich auf Ulp. 1 (50. 1) 25, (50. 8) 8, (27. 8) 6, vielleicht auch Paul. 1 (50. 8) 9, s. aber unt. S. 53 n. 3.

[2] D. (2. 3).

[3] h. t. 1, (50. 16) 1. Wahrscheinlich auch (47. 23) 3, 8.

[4] (2. 1) 20. Wahrscheinlich noch (44. 7) 35, (47. 23) 2, (50. 1) 28; zu letzterer Stelle s. Lenel, a. a. O. 19[10].

[5] (50. 1) 29.

[6] Lenel, a. a. O. 17ff. Eine verwandte actio poenalis findet man in l. col. Gen. c. 129.

[7] A. M. Karlowa RG, I, 593 n. 1, der die ältere Meinung festhält, wonach das Edikt auch die prätorische Jurisdiktion selbst zu schützen bestimmt gewesen wäre. Vgl. dagegen die zit. Abh. SZ 2, 17f.

so daß zum Schirm der magistratischen Autorität die Popularklage durchaus am Platze war.[1]

Von der ohne Zweifel in factum konzipierten Formel wissen wir nur soviel sicher, daß sie auf quanti ea res est gerichtet war.[2]

§ 2. SI QUIS IN IUS UOCATUS *AD EUM, QUI IN MUNICIPIO COLONIA FORO IURE DICUNDO PRAEERIT,* NON IERIT SIUE QUIS EUM UOCAUERIT, QUEM EX EDICTO NON DEBUERIT[3]

Ulp. 1,[4] Paul. 1.[5]

Dies Edikt dehnte die unter dem Titel de in ius uocando proponierten Strafaktionen, die sich nur auf den Fall der in ius uocatio vor den Prätor selbst bezogen, auf den Fall einer solchen vor Munizipalmagistrate aus.[6] Die Munizipalmagistrate hatten zwar Multierungsrecht,[7] aber nach (2. 3) 1 pr. zur Zeit Hadrians[8] nicht mehr die Macht, zur Wahrung ihrer Jurisdiktion ein Pönaljudizium anzuordnen, und diese Lücke füllte hier der Prätor aus. Darum ist bei Paul. 1 h. t. 2 § 1 die von dem competens iudex (die Worte sind für den ursprünglich hier genannten Munizipalmagistrat interpoliert) ex causa zu verhängende und zu erlassende mulcta der im Interesse des Klägers eingeführten, vom Prätor wie zu gewährenden so zu versagenden,[9] actio poenalis (poena) entgegengestellt.

Eine unverkennbare Spur der Beziehung unseres Edikts auf Munizipalmagistrate enthält ferner Ulp. 1 h. t. 1 in den Worten:

> Si quis in ius uocatus fideiussorem dederit . . . non suppositum iurisdictioni illius, ad quem uocatur . . .

„Ille ad quem uocatur" kann in einem Kommentar zum prätorischen Edikt nicht der Prätor selbst sein sollen.[10]

Der Wortlaut der Klausel wie auch derjenige der jedenfalls in factum konzipierten Formeln ist uns nicht überliefert. Letztere werden mit den

[1] Lenel, a. a. O. Hierher würden dann Ulp. 1 (47. 23) 3, 8 und Paul. 1 eod. 2 zu ziehen sein.

[2] Ulp. 1 h. t. 1 i. f. An dies erste iudicium des Edikts mag dann Paulus die allgemeinen Erörterungen über die Dauer der actiones honorariae in (44. 7) 35 angeknüpft haben.

[3] D. (2. 5). Zu den in der Digestenrubrik fehlenden kursiv gedruckten Worten vgl. Prob. 5, 1 und Einsidl. 22.

[4] h. t. 1, (50. 17) 102.

[5] h. t. 2, (2. 6) 1, (2. 12) 4 — vgl. eod. 1 pr., (2. 5) 2 i. f. — Die fr. (2. 4) 19, 21, (50. 17) 103 ziehe ich zum Edikt des § 3.

[6] Andere unhaltbare Vermutungen bei Rudorff, ZRG 4, 9ff. (aufgegeben im EP), dem Bruns in den fontes folgte, bei Voigt, Abh. der phil.-histor. Kl. der kgl. sächs. Gesellsch. der Wissensch. VIII, 368ff. und Karlowa RG I, 593ff.

[7] Vgl. Huschke, die Multa und das Sacramentum 39ff.

[8] Ob sich dies z. Zt. der lex Rubria anders verhielt, oder ob deren c. 21 i. f. nur eine Ausnahme von dem damals schon geltenden Grundsatz enthielt, kann hier nicht untersucht werden, vgl. Finiaux, Vadimonium (1908) 129[3], Lefèvre, Rôle des tribuns (1910) 113[3].

[9] Ulp. 1 (50. 17) 102 § 1.

[10] Lenel, a. a. O. 23. Vgl. auch Paul. 1 h. t. 2 pr.: . . . ad praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius uocatus uenire debet.

unter dem Titel de in ius uocando proponierten bis auf die Bezeichnung des Magistrats, vor den die in ius uocatio stattgefunden hatte, identisch gewesen sein. Auf Worte der Formel für den Fall „si quis eum uocauerit quem ex edicto non debuerit" dürfte — arg. Gai. IV, 46 — zu deuten sein Ulp. 1 (50. 17) 102 pr.:

> Qui uetante praetore fecit, hic aduersus edictum fecisse proprie dicetur.[1]

§ 3. *DE CAUTIONE ET POSSESSIONE EX CAUSA DAMNI INFECTI DANDA*

Ulp. 1,[2] Paul. 1,[3] Gai. 1.[4]

Ulp. 1 (2. 1) 4:

> Iubere caueri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.

Paul. 1 (50. 1) 26 pr.:

> Ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest.

In unserer Klausel erteilte der Prätor den nach obigen Grundsätzen hierfür an sich nicht zuständigen Munizipalmagistraten den Auftrag, bei erbetener cautio damni infecti diese anzuordnen, eventuell die heutzutage sog. missio ex primo decreto zu erteilen; gegen den säumigen Magistrat war actio auf Schadenersatz verheißen.[5] Die sog. missio ex secundo decreto behielt sich der Prätor vor.[6]

Vom Wortlaut der Klausel, der unter Benutzung von l. Rubria c. 20 und (39. 2) 7 pr. vermutungsweise leicht wiederherzustellen wäre, sind uns überliefert die Worte:

> EIUS REI[7] —
>
> DUM EI QUI ABERIT PRIUS DOMUM DENUNTIARI IUBEAM[8] —
>
> IN EUM QUI QUID EORUM QUAE SUPRA SCRIPTA SUNT[9] NON CURAUERIT, QUANTI EA RES EST CUIUS DAMNI INFECTI NOMINE CAUTUM NON ERIT, IUDICIUM *dabo.*[10]

Von der Formel berichtet Ulp. 1 (39. 2) 4 § 8:

> hoc autem iudicium certam condicionem habet: si postulatum est.[11]

Wörtlich so kann dies aber wegen der Inkongruenz des Tempus „si postu-

[1] Lenel, a. a. O. 23 n. 24.

[2] (39. 2) 1, 4, (2. 1) 4.

[3] (39. 2) 5; (2. 4) 19, 21, (50. 17) 103 cf. (39. 2) 4 § 5; (50. 17) 105 cf. (39. 2) 4 § 4; (50. 8) 9 (7) s. Lenel, a. a. O. 28; (50. 1) 26 s. Lenel, a. a. O. 24 n. 26.

[4] (39. 2) 6.

[5] (39. 2) 1, 4.

[6] (39. 2) 4 § 4, (50. 17) 105.

[7] Ulp. 1 (39. 2) 4 § 1: Si intra diem a [praetore] constituendum non caueatur, in possessionem eius rei mittendus est: EIUS REI sic accipe, siue tota res sit siue pars sit rei.

[8] Ulp. 1 eod. 4 § 5.

[9] Cf. Prob. 5, 9.

[10] Ulp. 1 eod. 4 § 7.

[11] Vgl. l. Rubria c. 20 i. A.

latum est" nicht in der Formel gestanden haben. Auf die Rekonstruktion der letztern ist wegen Mangels an Material zu verzichten.[1]

§ 4. DE FUGITIUIS[2]

Ulp. 1.[3]

In dieser Klausel erteilt der Prätor den Munizipalmagistraten,[4] vermutlich unter Verheißung eines iudicium wider den Säumigen, die Weisung:

fugitiuos[5] in publicum deductos[6] diligenter custodiant.[7]

Auf weitern Inhalt der Klausel deutet Ulp. 1 h. t. 1 § 8[a]:

Eorumque nomina et notae et cuius se quis esse dicat ad magistratus deferantur, ut facilius adgnosci et percipi fugitiui possint (notae autem uerbo etiam cicatrices continentur).[8]

Der Umstand, daß der Jurist eine Erklärung des Worts notae gibt, läßt erkennen, daß wir es hier mit einer wirklichen ediktalen Pflicht zur Kundmachung von Namen, Kennzeichen usw. der entlaufenen Sklaven zu tun haben. Ich habe früher[9] die Vermutung aufgestellt, daß diese Rechtspflicht jedem oblag, der von jenen Dingen Kenntnis erhielt. Für wahrscheinlicher halte ich jetzt, dem ganzen Zusammenhang nach, daß es sich auch hier vielmehr um eine Rechtspflicht der Munizipalmagistrate handelte: diese mögen in unserer Klausel angewiesen worden sein, dem praefectus uigilum,[10] bzw. praeses prouinciae[11] — an diese denke ich bei dem „ad magistratus (scil. maiores) deferantur", arg. h. t. 1 § 8 — sofort eine genaue Beschreibung der ergriffenen fugitiui einzuliefern.

§ 5 ? ?

Paul. 1 (50. 16) 2:

Urbis appellatio muris, Romae autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet[12] (§ 1). Cuiusque diei maior pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.[13]

Paul. 1 eod. 4:

Nominis appellatione rem significari Proculus ait.

Paul. 1 (5. 3) 4:

Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controuersia erat, etiam id quod postea coepit possidere restituet.

[1] Wider Rudorff, EP § 3, s. Lenel, a. a. O. 25.

[2] D. (11. 4).

[3] h. t. 1, (47. 10) 22.

[4] Ulp. 1 h. t. 1 § 4.

[5] Ulp. 1 h. t. 1 § 5.

[6] Ulp. 1 h. t. 1 § 6.

[7] Ulp. 1 h. t. 1 § 7. 8.

[8] Der Schlußsatz „idem iuris est, si haec in scriptis publice uel in aedes proponas" ist eine ungeschickte Interpolation. Vgl. Pernice, Labeo II[1] (2. Aufl.), 107 n. 3.

[9] a. a. O. S. 31.

[10] Cf. Paul. sent. I, 6[a] § 6. Pernice, a. a. O. denkt an den Stadtpräfekten.

[11] Cf. Paul. sent. I, 6[a] § 4.

[12] Cf. Prob. Einsidl. 20: U.R. = urbis Romae. Alibrandi, opp. I, 42 bezieht fr. 2 pr. cit. auf die Abgrenzung der urbica dioecesis.

[13] Cf. Prob. Einsidl. 24: M.P.D. = maiorem partem diei. Die Stelle bezieht sich vermutlich auf irgendeinen öffentlichen Aushang. Vgl. l. Acil. repet. lin. 65, tab. Heracl. lin. 16.

Obige Fragmente aus Paul. 1 passen zu keiner der bisher erörterten Klauseln. Ihr ursprünglicher Zusammenhang läßt sich nicht mehr ermitteln. Jedenfalls liefern sie den Beweis, daß Paulus im Eingang seines Kommentars noch anderweite Materien behandelte, die gewiß ebenfalls in Beziehung zur Munizipaljurisdiktion gestanden haben werden. An Edikte braucht dabei nicht notwendig gedacht zu werden. Es liegt ja auf der Hand, daß die ersten Klauseln des Albums allgemeine Erörterungen über die Jurisdiktionsverhältnisse erforderlich machten oder doch nahelegten, die der eine Jurist an die Spitze seines Kommentars stellen, der andere da oder dort einfügen mochte. So wird es sich vielleicht erklären,[1] daß bei Paulus das Wort „nomen" (s. oben) in lib. 1,[2] das Wort „res" in lib. 2 — (50. 16) 5 pr. — erläutert ist, während wir bei Ulpian erst in lib. 3 eine auf beide bezügliche Bemerkung finden (50. 16) 6:

> „Nominis" et „rei" appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet.

§ 6. *DE UADIMONIO ROMAM FACIENDO*

Ulp. 2,[3] Paul. 2,[3] Gai. 1.[4]

Die Klausel de uadimonio Romam faciendo bildet den natürlichen Abschluß des Titels von der Munizipaljurisdiktion: sie handelt von dem Mittel, wodurch Sachen, die der letztern entzogen sind, nach Rom vor den höhern Magistrat übergeleitet werden. So sicher nun aber auch die Existenz dieser Klausel ist und so umfassend die Erörterungen sind, die die Kommentare an sie knüpfen, so können wir doch über den Inhalt der Klausel fast nur Vermutungen aufstellen. Jene Erörterungen sind offenbar zum größten Teile nur durch die Gelegenheit unserer Klausel veranlaßt und haben es inhaltlich nicht mit ihr, sondern mit anderweiten gesetzlichen Bestimmungen

[1] Vielleicht: denn es ist durchaus nicht sicher, daß Ulpians Bemerkung denselben Beziehungspunkt hat, wie die beiden Paulusstellen. Für ausgeschlossen halte ich die Annahme, daß dieser Beziehungspunkt ein und derselbe Edikttext gewesen wäre, den Paulus teils in lib. 1, teils in lib. 2, Ulpian aber erst in lib. 2 u. 3 erläutert hätte. A. M. Girard, NRH 1904, 143, der alle drei Stellen als Kommentar zur Klausel de uadimonio Romam faciendo angesehen wissen will.

[2] Alibrandi, l. c. 45 denkt bei der Stelle wegen der Gleichsetzung von nomen und res an l. Rubr. c. 20 lin. 23. 24 „eo nomine qua de re agitur".

[3] Wahrscheinlich gehörte hierher das ganze zweite Buch sowohl des Ulpianischen wie des Paulinischen Kommentars. Über die sichern, wahrscheinlichen, möglichen Beziehungen der einzelnen erhaltenen Fragmente habe ich mich SZ 2, 35 ff., sowie in der Palingenesie ausgesprochen, nachträglich aber entdeckt, daß mehrere der hier geäußerten Vermutungen sich schon (1858) bei Alibrandi, opp. I, 38 ff. finden. Hierzu folgende Nachträge: 1. bei Ulp. 2 (5. 1) 1 — a. a. O. 38 unter 4. — kann auch an eine Prorogation vor den Munizipalmagistrat selbst gedacht werden, cf. (50. 1) 28; 2. die S. 42 versuchte Deutung von Ulp. 2 (32) 76 scheitert doch wohl an (2. 1) 19 § 1; vielleicht ist statt Ulp. 2 zu lesen Ulp. 52, und gehört die Stelle in die Lehre von der cautio legatorum seruandorum causa — vgl. etwa (36. 3) 14 § 1; 3. zu (50. 16) 5 § 1 und dem dazu a. a. O. S. 43 Bemerkten vgl. (50. 10) 2 § 1.

[4] (2. 11) 1, (2. 1) 11. A. M. hinsichtlich der Beziehung von fr. 11 cit. v. Velsen, SZ 21, 93 n. 10.

zu tun.[1] Gewiß ist, daß der Prätor hier über die Berechnung des Termins des Vadimoniums edizierte; nur darauf können sich Gai. 1 (2. 11) 1 und Ulp. 2 (50. 16) 3 pr. beziehen:

> Vicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor iubet...
> ITINERE FACIENDO UIGINTI[2] MILIA PASSUUM IN DIES SINGULOS PERAGENDA sic sunt accipienda, ut . . .

Weiter dürfte ohne Zweifel eine actio poenalis wider denjenigen verheißen gewesen sein, der die Stellung des Vadimoniums nach Maßgabe der gesetzlichen und ediktalen Vorschriften verweigerte. Eine solche ist in der lex Rubria c. 21 i. f. erwähnt, hier allerdings als in der Munizipalkompetenz liegend; daß sie aber dieser letztern in der Folgezeit entzogen und Gegenstand der prätorischen Kompetenz wurde, ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatze des fr. 1 pr. (2. 3), wonach die Duumvirn überhaupt nicht mehr die Macht haben, ihre iurisdictio durch Pönalklagen zu schützen. Ob und welche Vorschriften endlich das Edikt an dieser Stelle über die Abfassung des Vadimoniums und die Art und Weise seiner Gestellung — ob als purum oder cum satisdatione oder iureiurando[3] — enthielt, muß dahinstehen.

Tit. II

DE IURISDICTIONE[4]

Diesen Titel leitet Ulpian durch eine Erörterung über die iurisdictio der magistratus maiores ein, eine Erörterung, die, wie sich aus Ulp. 3 (5. 1) 2 § 1 mit Wahrscheinlichkeit ergibt, nicht an das Edikt, sondern an Bestimmungen der lex Iulia de iudiciis priuatis anknüpfte.[5] Der Jurist bespricht hier den gewillkürten Gerichtsstand, die Verlängerung des tempus ad iudicandum datum, das ius domum reuocandi, das ius mulctae dicendae, die Unzulässigkeit der Jurisdiktion in eigner Sache des Magistrats oder in Sachen seiner Angehörigen. Hierher gehört Ulp. 3 (5. 1) 2, (2. 1) 10 und vielleicht auch (50. 16) 6: die in letzterer Stelle erläuterten Worte nomen, res (vgl. oben § 5 a. E.), ex legibus mögen Worte der lex Iulia sein,[6] die ja gar wohl irgendwo nomen und res im Sinn von omnis contractus et obligatio — so definiert fr. 6 pr. cit. — gebraucht[7] und ebenso gelegentlich mit den Worten ex legibus auf gesetzliche Bestimmungen verwiesen haben kann.

[1] Lenel, a. a. O. 35.
[2] Uicena? (Mommsen).
[3] Ein uadimonium recuperatoribus suppositis fand hier wohl nicht statt, vgl. Wenger, Papyrusstudien (1902) 73.
[4] Cf. Rubr. D. (2. 1).
[5] A. M. Girard, NRH 1904, 143 ff.
[6] Rudorff, EP § 5, setzt diese Worte unter die Rubrik: „de administratione rerum ad ciuitates pertinentium"; diese Rubrik, unerweislich und unwahrscheinlich wie sie überhaupt ist — vgl. Lenel, SZ 2, 25 ff. —, war jedenfalls nicht bei Ulp. 3 erörtert.
[7] Vgl. etwa Ulp. 3 (5. 1) 2 § 3: legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt, . . . reuocandi domum suam ius datur.

Bei Paulus findet sich eine der Ulpians entsprechende Darstellung nicht, daher denn auch Paulus in lib. 3 dem Ulpian einen bedeutenden Vorsprung abgewinnt.

§ 7. *DE ALBO CORRUPTO*

Ulp. 3,[1] Paul. 3,[2] Gai. 1.[3]

Ulp. 3 (2. 1) 7 pr.:

> Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa [non quod prout res incidit] in albo [uel in charta uel in alia materia][4] propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum[5] iudicium, quod populare est.[6]

Der Edikttext war ohne Zweifel[7] kürzer als diese Relation; vermutlich lautete er (nach Entfernung der Glosseme):

> Si quis[8] id, quod iuris dicundi causa[9] in albo propositum erit,[10] dolo malo[11] corruperit[12] *rel.*

Vgl. auch I. (4. 6) 12.

Die Formel, über die es an speziellen Überlieferungen fehlt, war selbstverständlich in factum konzipiert und wohl bloße Umschreibung des Edikts.[13]

Nach dem Digestentext war eine Noxalklage hier nicht verheißen, wurde vielmehr, wenn der Gewalthaber des Delinquenten nicht dessen defensio in solidum übernahm, gegen letzteren extra ordinem mit körperlicher Züchtigung vorgeschritten.[14] Als Grund dafür könnte man sich denken, daß in der bloßen noxae deditio des Delinquenten an den Popularkläger eine eigentliche Reaktion wider den Verächter der maiestas praetoris, die unser Edikt zu wahren bestimmt war,[15] nicht erblickt werden konnte. Allein der unlateinische Satz in (2. 1) 7 § 3 „in seruos ... corpus torquendum est" gehört nicht dem Ulpian an; es ist also mit der Möglichkeit zu rechnen, daß hier gleichwohl eine Noxalformel proponiert war. Dafür spricht auch recht sehr Paul. 3 fr. 9 cit. Auf diese Noxalformel könnten dann Ulp. 3 (9. 4) 3, 5, 7, Paul. 3 eod. 4 bezogen werden, Stellen, für die eine andere plausible Beziehung nicht zu finden ist.

[1] (2. 1) 7.
[2] eod. 9, (47. 23) 4.
[3] (2. 1) 8.
[4] Vgl. Weiß, Studien 120 n. 205.
[5] Ulpian schrieb milium sestertiorum, vorausgesetzt, daß die Kompilatoren ihrer sonst beobachteten Regel, für 1000 Sesterze einen aureus zu setzen — Cuiac. obs. XIX, 31 —, auch hier treu geblieben sind. Vgl. unten § 11 Ziff. 1, Palingen. praef. VII, 11.
[6] Hierher Paul. 3 (47. 23) 4.
[7] Vgl. auch Cuiac. obs. XXI, 24.
[8] Ulp. 3 (2. 1) 7 § 1.
[9] Prob. 5, 2: I.D.C. = iuris dicundi causa.
[10] Ulp. 3 eod. 7 § 2.
[11] Ulp. 3 eod. 7 § 4.
[12] Ulp. 3 eod. 7 § 5.
[13] So auch Rudorff, EP § 6.
[14] Ulp. 3 eod. 7 § 3. Vgl. dazu auch Paul. sent. I, 13ª § 3.
[15] Paul. 3 (2. 1) 9: quia hic ... contempta maiestas praetoris uindicatur.

§ 8. QUOD QUISQUE IURIS IN ALTERUM STATUERIT, UT IPSE EODEM IURE UTATUR[1]

Ulp. 3,[2] Paul. 3,[3] Gai. 1.[4]

Ulp. 3 h. t. 1 § 1:

> Qui magistratum potestatemue habebit, si quid in aliquem noui iuris statuerit, ipse quandoque aduersario postulante eodem iure uti debet. si quis apud eum qui magistratum potestatemque habebit, aliquid noui iuris optinuerit, quandoque postea aduersario eius postulante eodem iure aduersus eum decernetur.

Diese Worte (mit geringfügigen Abweichungen) gelten in allen früheren Bearbeitungen des Edikts, ausgenommen allein die des Ranchinus, als Ediktworte. Rudorff, mit obigem nicht zufrieden, hält sogar noch die von Ulpian am Schluß des fr. 1 § 1 beigefügte Motivierung

> scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona ualere patiatur

für echt ediktal.[5]

Was nun zunächst letztern Punkt angeht, so sind derartige Motivierungen dem Edikte durchaus fremd, und Rudorffs Berufung auf das SC Macedonianum (EP § 7 n. 10) zieht nicht: die Sprache der Senatskonsulte ist eine ganz andere und viel weitschweifigere als die des Edikts.

Wir haben es aber überhaupt in fr. 1 § 1 cit. nicht mit einem Zitat, sondern mit einer bloßen Relation des Ediktinhalts zu tun, die nur zum Teil Ediktworte reproduziert. Es fehlen die typischen Worte „praetor ait", mit denen Ulpian alle seine Ediktzitate einführt. Die Relation enthält ferner zwei getrennte Sätze mit je einer Verfügung; nun berichtet aber Gai. 1 in fr. 4 h. t.:

> Illud eleganter praetor excipit: „praeterquam si quis eorum *quid*[6] contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset".

Diese so gefaßte Ausnahme setzt in dem Satze, an den sie sich anknüpfte, offenbar eine Mehrheit von Bestimmungen (eorum quid) voraus. Weiter ist „eodem iure uti debet" in dem ersten Satz wider den Ediktstil; das „eodem iure decernetur" in dem zweiten Satz seinerseits aber zeigt wieder eine ganz unmotivierte Abweichung gegenüber der im ersten Satze gebrauchten Wendung „eodem iure uti", und der Kommentar Ulpians in fr. 3 h. t. läßt auch keinen Zweifel übrig, daß letztere Wendung auch im zweiten Fall des Edikts die vom Prätor gebrauchte war.

[1] D. (2. 2). Zu diesem Edikt Lévy-Bruhl, mél. Cornil (1926) II, 67f.

[2] h. t. 1, 3, (48. 19) 18, cf. h. t. 1 i. f.

[3] h. t. 2, (50. 16) 8 pr.?

[4] h. t. 4.

[5] Ebenso manche ältere Digestenausgaben und selbst noch die von Kriegel.

[6] Die Einschiebung dieses Wortes ist unvermeidlich.

Das Edikt selbst dürfte hiernach folgendermaßen gelautet haben:

QUI[1] MAGISTRATUM POTESTATEMUE HABEBIT,[2] SI QUID IN ALIQUEM NOUI IURIS STATUERIT[3] SI*UE* QUIS APUD EUM QUI MAGISTRATUM POTESTATEMUE[4] HABEBIT, ALIQUID NOUI IURIS OPTINUERIT,[5] QUANDOQUE POSTEA ADUERSARIO EIUS POSTULANTE[6] IPSUM[7] EODEM IURE UTI OPORTEBIT,[8] PRAETERQUAM SI QUIS EORUM *QUID* CONTRA EUM FECERIT, QUI IPSE EORUM QUID FECISSET.[9]

Tit. III

§ 9. DE EDENDO[10]

Ulp. 4,[11] Paul. 3,[12] Gai. 1,[13] Callistr. 1.[14]

Der Titel de edendo zerfällt in zwei Abschnitte — Editionspflicht des Klägers, Editionspflicht der Argentarien —, die aber im Edikt keine besondern Rubriken erhalten zu haben scheinen.

I

Ulp. 4 h. t. 1 pr.:

Qua quisque actione[15] agere uolet, eam edere[16] debet . . .

Ulp. 4 h. t. 1 § 2:

Editiones (instrumentorum)[17] sine die et consule fieri debent . . .

[1] In der 2. Aufl. trat ich, nicht ohne Zweifel (daselbst S. XV), der Meinung Alibrandis bei, opp. I, 42, daß, entsprechend der räumlichen Beschränkung der prätorischen Kompetenz, auch das Edikt eine räumliche Beschränkung habe enthalten müssen. Indes, es bestand kein triftiger Grund, warum der Prätor die Vergeltungsmaßregel auf Verfehlungen innerhalb seiner Diözese hätte beschränken sollen. Ohne jede Basis scheinen mir die Vermutungen H. Krügers, SZ 37, 253f.

[2] Diese Worte klingen durchaus ediktal. Allerdings sagt Ulp. 3 in fr. 1 § 2 h. t.: haec autem uerba „quod statuerit qui iurisdictioni praeest" cum effectu accipimus. Allein es kommt ihm bei diesem Zitat, wie der Verfolg zeigt, nur auf das Wort statuerit an; da nun das Präsens praeest ohnedem nicht im Edikt gestanden haben kann — es müßte praeerit heißen —, so sehe ich (anders Ranchinus) in dem qui iurisdictioni praeest nur ein Anhängsel des eigentlichen Zitats „quod statuerit", ein Anhängsel, womit sich Ulpian die Rekapitulation des längeren Ediktwortlauts sparte.

[3] Ulp. 3 h. t. 1 § 2, Paul. 3 eod. 2.

[4] Ulpian referiert hier ungenau „potestatemque".

[5] Ulp. 3 h. t. 3 pr. § 1.

[6] Ulp. 3 h. t. 3 § 2. Hruza, z. röm. Amtsrecht (1907) 11[4], hält das Wort „quandoque" für unecht, da der Prätor nur für sein Jahr ediziere. Das Wort bedeutete aber selbstverständlich „quandoque innerhalb meines Amtsjahrs".

[7] Ulp. 3 h. t. 3 § 3–5.

[8] Vgl. Ulp. 3 h. t. 3 § 5: Quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur . . . Paul. 3 (50. 16) 8 pr.: Verbum „oportebit" tam praesens quam futurum tempus significat. Vgl. S. 60 n. 3.

[9] Gai. 1 h. t. 4.

[10] D. (2. 13), C. (2. 1).

[11] h. t. 1, 4, 6, 8, 13, (44. 7) 37.

[12] h. t. 2, 5, 7, 9, (9. 2) 40, (12. 2) 14, (50. 16) 8 § 1. Zu (9. 2) 40 cf. h. t. 10 § 3.

[13] h. t. 10.

[14] h. t. 12.

[15] Ulp. 4 (44. 7) 37, Paul. 3 (50. 16) 8 § 1. Schrieb Ulpian „formula"? Schwerlich: arg. l. c. Vgl. auch Wenger, bei Pauly-Wissowa, s. v. editio I.

[16] Ulp. 4 h. t. 1 § 1.

[17] Ulp. 4 h. t. 1 § 2–4. Naber, obs. 120 (Mnemos. 50, 26f.) will die Editionspflicht auf Stipulationsurkunden beschränken, was m. E. durch fr. 1 § 4 und fr. 2 h. t. nicht ausreichend begründet wird.

diem autem et consulem excepit praetor . . . rationes[1] tamen cum die et consule edi debent.

Paul. 3 h. t. 2:

Si legatum petatur, non iubet praetor uerba testamenti edere . . .

Zu diesen Berichten über den Ediktinhalt ist folgendes zu bemerken:

Die Worte „qua quisque actione agere uolet, eam edere debet" sind ohne Zweifel bloße Relation, nicht Zitat aus dem Edikt. Ganz verfehlt ist es aber, wenn Heineccius, Weyhe, Rudorff den Ediktwortlaut dadurch herstellen zu können glauben, daß sie auf Grund von Paul. 3 (50. 16) 8 pr.

uerbum „oportebit" tam praesens quam futurum tempus significat

das edere debet durch „eam edi oportebit" ersetzen.[2] Diese Juristen lassen den Paulus die geistreiche Bemerkung machen, der Prätor habe die Editionspflicht nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für den Augenblick, wo er das Edikt proponierte, einführen wollen.[3]

In die Klausel, welche dem Kläger die editio instrumentorum zur Pflicht machte, nehmen mehrere Schriftsteller (s. n. 2) Worte auf, die die Editionspflicht auf diejenigen instrumenta beschränken sollen, welche der Kläger vor dem iudex zu benutzen gedenkt. Diese Meinung würde, wenn die Stelle, auf die sie sich beruft, intakt wäre, eben durch sie widerlegt, Ulp. 3 h. t. 1 § 3:

Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere.

Was hier erläuternd hervorgehoben wird, kann eben deshalb nicht im Edikt gestanden haben. Aber der abgeschmackte Passus „non tamen *rel.*" dürfte überdies unecht sein.[4]

Die editio actionis, die unser Edikt vorschreibt, ist als außergerichtliche zu denken, die der in ius uocatio vorausgeht und den Zweck hat, den zu Belangenden über den Gegenstand der Verhandlung in iure vorläufig zu unterrichten.[5] Daher erklärt sich auch, daß wir im Album den Titel de edendo vor dem de in ius uocando finden.

Welche Rechtsfolgen die Nichterfüllung der Editionspflicht nach sich

[1] C. h. t. 5, 8.

[2] Noch anders, aber ebenso unhaltbar suchen Ranchinus, Westenberg, Noodt, van Reenen — instrumenta, quibus in iudicio (iudiciis) uti oportebit — die Paulusstelle auszunutzen.

[3] (50. 16) 8 pr. gehört wahrscheinlich gar nicht zu unserm Edikt, sondern zum Edikt Quod quisque iuris (§ 8), und will sagen, daß man von dem daselbst eingeräumten Retorsionsrecht nicht bloß in Zukunft, sondern auch sogleich Gebrauch machen könne, z. B. zur Begründung einer Einrede.

[4] So Naber l. c. 27[1].

[5] Vgl. meine Abh. in SZ 15, 385 ff. Zweifelnd Wlassak, SZ 25, 169 n. 1 wegen des Wortes ultra in fr. 1 pr. h. t. (s. aber jetzt Wlassak, klass. Prozeßf. 73). Gewiß nun ergibt sich aus dem „an contendere ultra debeat", daß nach der Vorstellung des Juristen dem edere ein contendere schon vorausgegangen ist. Aber warum sollten wir uns dies frühere contendere nicht als ein außergerichtliches vorstellen dürfen, wie es tatsächlich fast jedem Prozeß vorauszugehen pflegt? Unerheblich scheinen mir auch die Einwendungen Schotts, das Gewähren des Rechtsschutzes (1903) 35 ff.

zog, ist uns nicht überliefert. Man könnte an einfache denegatio iurisdictionis denken:[1] der Beklagte wäre nicht zur Stellung des Vadimoniums angehalten worden und hätte nach Umständen wegen schikanöser in ius uocatio die actio iniuriarum erheben können. Allein auf ein schärferes Präjudiz deutet fr. 1 i. f. h. t.:

> Iis, qui ob aetatem uel rusticitatem uel ob sexum lapsi non ediderunt uel ex alia iusta causa, subuenietur.

Der Rechtsnachteil war also derart, daß ein subuenire seitens des Prätors notwendig war, um ihn abzuwenden. Näheres wissen wir nicht: vielleicht war eine Strafactio proponiert; vielleicht konnte Beklagter vom Kläger für den Fall, daß dieser nicht ex edicto ediert haben sollte, gleich von vornherein eine repromissio decimae partis verlangen.[2]

Ältere Bearbeiter[3] pflegten in unsern Abschnitt noch eine Klausel aufzunehmen, worin dem Kläger das Recht der Abänderung und Verbesserung der edierten actio bis zur Litiskontestation eingeräumt wird. Dafür berief man sich auf c. 3 h. t., ein Reskript von Sever und Caracalla, das auf den ersten Blick allerdings für die Annahme einer solchen Klausel zu sprechen scheint. Dies Reskript bezog sich aber gar nicht auf die außergerichtliche Edition unseres Edikts, sondern auf die Edition vor dem Magistrat,[4] und würde, auch wenn dem nicht so wäre, jedenfalls weit eher gegen, als für eine derartige Ediktklausel beweisen. C. 3 cit. gibt nämlich das kaiserliche Reskript nicht ganz; seinen Eingang überliefert uns c. un. (3. 9), deren Zusammengehörigkeit mit c. 3 cit. durch die Übereinstimmung des Datums und der Inskription erwiesen wird. Das ganze Reskript lautete so:

> Res in iudicium deducta non uidetur, si tantum *postulatio simplex celebrata* sit uel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis enim tunc uidetur contestata, cum *iudex per narrationem negotii causam audire coeperit:*[5] edita (autem) actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari uel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas uel ius reddentis decernit aequitas.

War nun hiernach der Gedankengang der Kaiser der: die editio actionis wirkt noch nicht res in iudicium deducta, folglich kann die actio geändert

[1] So für den Fall unterlassener editio actionis die 1. Auflage.

[2] Vgl. etwa consult. 6, 13 (gegen Naber, l. c. 28, s. Gai. 4, 180). Keinen Bezug auf die außergerichtliche Edition hat das Diokletianische Reskript in consult. 5, 7 — darüber s. SZ 15, 388 n. 2 —, noch weniger die Vorschrift der l. Rom. Burg. XI, 1 (mon. Germ. hist. tom. III legum 603). Daß Verweigerung der Urkundenedition unter Umständen Absolution des Beklagten (auf Grund der exc. doli) nach sich ziehen konnte, zeigt c. 8 (2. 1). Vgl. Wenger, a. a. O. III a.

[3] Siehe übrigens selbst noch Bekker, Aktionen II, 224 bei n. 10.

[4] SZ 15, 389.

[5] Wären die kursiv gedruckten Worte echt, so bezöge sich das Reskript selbstverständlich auf extraordinaria cognitio, vgl. Savigny, System VI, 17 f. Wir haben aber sicher Interpolationen vor uns.

werden, — so scheint mir klar, daß eine spezielle Ediktbestimmung, die ausdrücklich die emendatio und mutatio actionis editae gestattete, nicht existiert haben kann. Das „prout edicti perpetui monet auctoritas" kann vielmehr im Zusammenhang mit dem „uel ius reddentis decernit aequitas" nur auf das Motiv der vom Kläger in concreto beabsichtigten Klageänderung bezogen werden: du darfst, sagen die Kaiser, die actio ändern, mag nun das Edikt selbst für deinen Fall eine andere als die edierte Formel verheißen oder der ius reddens dir ex aequitate eine solche in factum gewähren wollen. Diesen Zusammenhang hat schon Rudorff, ZRG 4, 29 n. 62, klar erkannt, und so weiß ich nicht, was ihn bewogen hat, im EP § 8 die c. 3 cit. gleichwohl als Relation über Ediktinhalt unter den Titel de edendo aufzunehmen.

2

Das Edikt über die Editionspflicht der Argentarien ist von den Kompilatoren schlimm zugerichtet worden. Sie lassen den Ulpian in fr. 4 pr. h. t. berichten:

> Praetor ait: „argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule."

Jedermann sieht, daß die Worte „quae ad se pertinet", die sich auf den Editionsberechtigten beziehen — h. t. 6 § 5, 9 § 3 —, an dieser Stelle entweder gar nicht oder doch nicht in dieser Verbindung gestanden haben können. Andererseits fehlt die h. t. 6 § 2, 9 § 3 bezeugte Vorschrift über den Kalumnieneid des Antragstellers, und fehlt die Verheißung der actio in factum, von der in fr. 6 § 4, 8, 9 pr., 10 § 3 die Rede ist.

Das ursprüngliche Edikt ist mit Hilfe von Ulpians Kommentar ebenso leicht als sicher herzustellen. Nach einer Bemerkung über die ratio edicti — fr. 4 § 1 — erläutert Ulpian zunächst in fr. 4 § 2–5, 6 pr. § 1 die Worte „argentariae mensae exercitores edent". Hierauf, und zwar noch vor dem Kommentar zu dem Wort „rationem", folgt die Bemerkung: exigitur autem ab aduersario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi, ne forte etc. (fr. 6 § 2). Nunmehr Feststellung der Bedeutung von rationem — fr. 6 § 3 —, und sodann Erläuterung der Worte „quae ad se pertinet" — fr. 6 § 4–6. Zuletzt kommt der Jurist nochmals auf das Wort „edi" zurück — fr. 6 § 7 — und wendet sich dann zu der folgenden Klausel, dem Edikt über das wiederholte Editionsbegehren, fr. 6 § 8: Praetor ait: „argentario eiue etc." In fr. 8 und 13 folgen endlich gesondert einige Bemerkungen über die Formel der actio und deren Dauer. Das Edikt enthielt hiernach folgende Stücke:

1. Feststellung der Editionspflicht der Argentarien.
2. Edikt über das wiederholte Editionsbegehren.
3. Formelverheißung oder vielleicht ohne weiteres die Formel selbst.

Der Kommentar zu 1. schließt mit fr. 6 § 7; er ergibt folgenden Wortlaut:

ARGENTARIAE MENSAE EXERCITORES[1] *EI, QUI IURAUERIT NON CALUMNIAE CAUSA POSTULARE SE EDI SIBI*[2] RATIONEM QUAE AD SE PERTINET,[3] EDENT ADIECTO DIE ET CONSULE.

Das Edict zu 2. überliefert Ulp. 4 fr. 9 § 8 h. t.:

Praetor ait: „ARGENTARIO[4] EIUE, QUI ITERUM EDI POSTULABIT,[5] CAUSA COGNITA EDI IUBEBO."

Die Formel der verheißenen actio nimmt bei Rudorff (EP § 10) einen sehr beträchtlichen Raum ein, da er das ganze Edikt in ihr reproduziert, selbst den Kalumnieneid eingeschlossen, und überdies auch noch wegen fr. 13 h. t. die exceptio annalis einschiebt. Er rekonstruiert:

> Quantae pecuniae paret $A^i A^i$ interesse argentariae mensae rationes, quae ad $A^m A^m$ pertinent, cum id ab illo praetore decretum esset, dolo malo $N^i N^i$ exhibitas non fuisse, si $A^s A^s$ iurauit non calumniae causa se postulare ut exhibeantur, neque plus quam annus est postea quam ab illo praetore id decretum fuit, tantam pecuniam, iudex, $N^m N^m$ $A^o A^o$ c. s. n. p. a.

Diese Rekonstruktion ist mißglückt. Das „quantae pecuniae paret interesse" widerspricht der doppelt bezeugten Tatsache, daß die actio auf „quanti interfuit" ging.[6] „Quantae pecuniae paret interesse, rationes dolo malo $N^i N^i$ exhibitas non fuisse" ist eine überaus sonderbare Zusammenstellung: was hat das Interesse des Klägers mit der Frage zu tun, ob Numerius gerade dolo malo nicht exhibiert hat? „Exhibitas": das Edikt handelt von Edition, nicht von Exhibition. „Cum id ab illo praetore decretum esset" setzt Rudorff hinzu wegen fr. 8 § 1 h. t.: is autem, qui in hoc edictum[7] incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest. In der Tat wird ein Editionsdekret des Prätors anzunehmen sein (arg. fr. 6 § 8 h. t.), das zugleich

[1] Ulp. 4 h. t. 4 § 2–ult., 6 pr. § 1 (einschließlich des Worts edent, fr. 4 § 5); Paul. 3 eod. 9 pr.–§ 2, Gai. 1 eod. 10 pr. § 1; Callistr. 1 eod. 12.

[2] Ulp. 4 h. t. 6 § 7, Paul. 3 h. t. 9 § 3, (12. 2) 14. Fr. 6 § 7 cit.: Edi autem est uel dictare uel tradere libellum uel codicem proferre. Die Vulgata verbessert das inkonzinne edi in edere. In der Tat dürfte der Text verdorben, das Wort edi aber, weil ediktsässig, gerade echt sein.

[3] Die richtige Beziehung der Worte „quae ad se pertinet" ergibt sich aus Paul. 3 h. t. 9 § 3. (Die Worte „rationes quae ad se pertineant" müssen hier wegen des Reflexivpronomens notwendig zu iurantibus petere gezogen werden.) Auffallend ist die Bemerkung Ulpians in fr. 6 § 4. 5 h. t.: Ex hoc edicto in id quod interfuit actio competit: unde apparet, ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. Man könnte hiernach, wenn nicht das Gegenteil feststünde, zu schließen versucht sein, daß die Worte „quae ad se pertinet" gar nicht ediktal seien. Die Lösung des Rätsels liegt wohl in folgendem. In der Formel dürften die Worte gefehlt und Ulpian dies hier angemerkt, aber erläuternd hinzugefügt haben, daß wegen des „quanti interfuit" der Formel die Wiederholung des „quae ad se pertinet" in ihr überflüssig gewesen sei. In fr. 6 § 5 wird Ulpian statt „hoc edictum" geschrieben haben: formulam. Anders und nicht befriedigend die 1. Auflage.

[4] Ulp. 4 h. t. 6 § 9.

[5] Ulp. 4 h. t. 6 § 10, Paul. 3 eod. 7.

[6] Fr. 6 § 4 und besonders fr. 8 § 1 h. t. Allerdings referiert Gaius in fr. 10 § 3: quanti intersit editas sibi rationes esse: allein für die Bemerkung, die Gaius hier macht, kam es auf genaues Referat nicht an.

[7] Ulpian hatte wohl „hanc formulam".

eine Frist für die Edition festgesetzt haben wird.[1] Das quanti interfuit der Formel machte aber m. E. dessen besondere Erwähnung überflüssig. Die exceptio wegen des Kalumnieneids, der doch dem Editionsdekret vorausging, hinkt bedenklich hinterher. Die exceptio annalis ist als ständiges Formelstück hier trotz fr. 13 h. t. nicht erwiesen[2] und würde jedenfalls mit der Beschränkung „cum experiundi potestas fuit" versehen werden müssen, wogegen Rudorffs „postea quam etc." ausfallen könnte.

Das Resultat obiger Kritik ist wohl geeignet, von ähnlichen Versuchen abzuschrecken. Soll gleichwohl ein solcher Versuch ausnahmsweise gewagt werden, so würde ich etwa vorschlagen:

S. p. Nm Nm aduersus edictum illius praetoris[3] *Ao Ao rationem* DOLO MALO NON EDIDISSE,[4] QUANTI Ai Ai INTERFUIT *eam rationem edi sibi,*[5] *tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

Tit. IV

§ 10. DE PACTIS ET CONUENTIONIBUS[6]

Ulp. 4,[7] Paul. 3,[8] Gai. 1,[9] Pomp. 6,[10] 7,[11] 8,[12] Fur. Anth. 1.[13]
Ulp. 4 h. t. 7 § 7:

[1] Naber, l. c. 30.

[2] Das haec actio neque post annum . . . dabitur in fr. 13 spricht für Verweigerung auf Grund prätorischen Ermessens. Überhaupt ist hier der Ort, anzumerken, daß bei sehr vielen Aktionen die Beschränkung auf ein Jahr den römischen Juristen sich nicht schon aus dem Wortlaut des Edikts oder der Formel ergab, vielmehr erst aus Bedeutung und Zweck der actio gefolgert wurde. Darüber läßt die Ausdrucksweise der Quellen vielfach gar keinen Zweifel. Vgl. z. B. (2. 3) 1 i. f., (4. 7) 6, 7, (4. 9) 3 § 4, (9. 3) 5 § 5, (11. 6) 4, (14. 1) 4 § 4, (14. 4) 7 § 5, 8, (25. 5) 1 § 4, (27. 6) 9 § 1. Die letzte Stelle ist besonders schlagend, weil hier sogar eine Autorität — Labeo — für die Annalität zitiert wird. S. auch Wlassak, Edikt und Klageform 84 n. 19.

[3] Diese Worte ersparen, wie sonst oft, die Wiederholung der Weitläufigkeiten des Edikts.

[4] Dolo malo non edidisse ist nach Ulp. 4 h. t. 8 pr. sicher ediktal.

[5] Ulp. 4 h. t. 6 § 4, 8 § 1.

[6] D. (2. 14), C. (2. 3) de pactis. Die Rubrik wird von Ulpian gesondert kommentiert: in fr. 1 § 1–4, fr. 5, 7 pr.–§ 6 h. t., vgl. auch Paul. fr. 2, 4, 6 h. t. G. C. Crusius († 1676) in Otto, thesaur. I, 672 h f. hat die Rubrik zuerst richtig hergestellt und mit Recht darauf hingewiesen, daß nach Consult. 4 § 3 auch in Paul. sent. I, 1 die Titelüberschrift lautet: de pactis et conuentionibus (uel transactionibus). Gegen Crusius und für die Fassung „de pactis et conuentis" oder „de pactis conuentis": Manenti, contrib. crit. alla teoria gen. dei pacta (1891) 91 f. (dazu Ferrini Filang. 1892) u. st. Senesi XXXI, Bonfante, Scritti 3, 144, Koschaker, Festschrift f. Hanausek SA 38 5. Eine Auseinandersetzung mit diesen Autoren würde an dieser Stelle zu weit führen. Für die Fassung des Textes entscheiden m. E. die Kommentare, in denen „conuentio" das Stichwort ist.

[7] h. t. 1, 5, 7, 10, 12, 14, 16, 22, 26, 29, (1. 3) 30 cf. h. t. 7 § 7, (2. 15) 11 cf. h. t. 7 § 13, (4. 8) 2 cf. h. t. 10 § 1, (5. 1) 3 cf. (42. 4) 7 § 14, (23. 4) 6, (44. 1) 1. Die letzte Stelle will m. E. besagen, daß eine durch pactum erlassene Gegenforderung auch nicht mehr durch exceptio geltend gemacht werden könne. Anders Rudorff, EP § 83.

[8] h. t. 2, 4, 6, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, (22. 2) 7 cf. eod. 5 § 1, (26. 7) 22 cf. h. t. 15 ict. 12, (44. 7) 38 cf. etwa h. t. 2, 4 pr. § 1.

[9] h. t. 18, 20, 28, 30, (44. 1) 3.

[10] cit. h. t. 7 § 6.

[11] cit. (20. 1) 13 § 2.

[12] cit. (13. 5) 5 § 4, cf. Paling. II, 16 n. 1.

[13] h. t. 62.

Praetor ait: PACTA CONUENTA,[1] QUAE NEQUE DOLO MALO[2] NEQUE ADUERSUS LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA *DECRETA*[3] PRINCIPUM NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT FACTA ERUNT,[4] SERUABO.

Tit. V

DE IN IUS UOCANDO[5]

§ 11. IN IUS UOCATI UT EANT AUT *UINDICEM* DENT[6]

Ulp. 5,[7] Paul. 4,[8] Gai. 1,[9] Callistr. 1.[10]

Die Hauptschwierigkeit, die sich unter dem Titel de in ius uocando der Rekonstruktion bietet, liegt in der Rolle, die der Vindex hier im Edikt spielt. Die Stellung eines Vindex war nach dem Edikt, das sich hier höchstwahrscheinlich an altes Zivilrecht anschloß, das Mittel, und zwar das einzige Mittel, wodurch sich der in ius uocatus der Folgepflicht entziehen konnte.[11] Allerdings haben die Kompilatoren der Digesten überall, wo im Edikt und in den Kommentaren vom Vindex die Rede war, statt dessen einen „fideiussor iudicio sistendi causa datus" eingefügt; allein die grobe Interpolation läßt sich, wenn irgendwo, so hier fast mathematisch nachweisen. Gaius IV, 46 berichtet von einer unter dem Titel de in ius uocando proponierten Formel „aduersus eum qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit". Vergleicht man hiermit die Digestenrubrik (2. 6) „in ius uocati ut eant aut satis uel cautum dent", so liegt auf der Hand, daß die letztere interpoliert ist und daß die Rubrik im Album (wie auch Rudorff annimmt) lautete: in ius uocati ut eant aut uindicem dent. Dann aber muß sich auch der unter dieser Rubrik in den Digesten auftretende fideiussor iudicio sistendi causa datus in den Vindex verwandeln und darf nicht etwa in das Gebiet des im Album erst viel später — Ulp. 7, Paul. 6. 7, Gai. 2 — behandelten Vadimoniums hineingezogen werden.[12] Aber nicht bloß durch den Bericht bei Gai. IV, 46, auch aus dem in den

[1] Ulp. 4 h. t. 7 § 8; Prob. 5, 14: P. C. = pactum conuentum. Cf. ad Herenn. II, 13 § 20, Cic. de partit. orat. 37 § 130, de orator. II, 24 § 100 und sonst oft, Gai. III, 179. IV, 119, 121, 122.

[2] Ulp. 4 h. t. 7 § 9–11.

[3] Decreta fehlt im Flor. durch Abschreiberversehen, vgl. schol. 20 bei Heimb. Basil. I, 569: ἢ δεκρέτου ἢ ἐδίκτου βασιλικοῦ. Hiernach Mommsen-Rudorff: decreta edicta. S. aber (3. 1) 1 § 8, (4. 6) 1 i. f.

[4] Von fr. 7 § 13 h. t. an behandelt Ulp. 4 die Lehre von den erlaubten und unerlaubten pactis.

[5] D. (2. 4), C. (2. 2). Der Titel ist bezeugt bei Gai. IV, 46, sowie in (3. 1) 1 § 11. Zur Einleitung des ganzen Titels mögen Ulp. 5 (2. 12) 2 und (40. 2) 8 gehören.

[6] D. (2. 6) in ius uocati ut eant aut satis uel cautum dent. Cf. Gai. IV, 46.

[7] (2. 4) 2, 4, 8, 10, 24, (2. 8) 2, (5. 1) 5, (42. 4) 2.

[8] (2. 4) 1, 5, 7, 9, 11, (2. 6) 3, (2. 8) 4, (47. 10) 23, (50. 17) 108.

[9] (2. 8) 3, 5, (5. 1) 4 cf. (2. 4) 8 pr.

[10] (2. 6) 2.

[11] Vgl. hierzu und zum folgenden meine Abhandlungen in SZ 2, 43 ff.; 25, 232 ff.

[12] Damit erledigen sich die Konjekturen Voigts in den Abh. der kgl. sächs. Ges. der Wiss. VIII, 357 ff.

Digesten überlieferten Ediktinhalt selbst wird klar, daß hier im Edikt von einer eigenartigen Form der Gestellungsbürgschaft die Rede war. Ein sponsor oder fideiussor wird mit der actio ex stipulatu belangt: wider den angeblichen „fideiussor iudicio sistendi causa datus" ist, wie wir unten sehen werden, eine prätorische actio in factum auf quanti ea res erit proponiert. Der Vadimoniumsbürge haftet auf reum certo die sisti: jener „fideiussor" haftet nur dafür, daß der Beklagte überhaupt künftighin zu haben sein wird, und er kann daher erst dann selber in Anspruch genommen werden, wenn ihm in einem Dekret des Prätors aufgegeben worden ist, den eigentlichen reus zu einer in diesem Dekret zu bestimmenden Zeit zu exhibieren, und gleichwohl die Exhibition nicht erfolgt ist. Diesen Tatsachen gegenüber an eine in Stipulationsform erfolgende Bürgschaft[1] oder gar an ein eigentliches Vadimonium zu denken, ist m. E. schlechthin unmöglich.[2] Auch beachte man, daß die in den Digesten überlieferte Bezeichnung sprachlich mehr als bloß anstößig ist. Kann man auch im Deutschen allenfalls sagen, jemand sei wegen einer Leistung Bürge geworden, — im Latein der guten Zeit kann der Inhalt eines Versprechens niemals, wie es durch das Wort causa geschieht, als Grund oder Zweck des Versprechens bezeichnet werden. Sowenig die Klassiker eine Verbürgung pecuniae dandae, iudicati soluendi, rati habendi causa kennen, sowenig können sie von einer solchen iudicio sistendi causa gesprochen haben.[3]

Beruhte die Verpflichtung des Vindex weder auf sponsio noch auf fideiussio, so fragt sich, wie wir uns sonst die Art seines Eintretens vorzu-

[1] So Demelius, SZ 2, 8ff., Schloßmann, SZ 24, 279ff., Grünhuts Zschr. 32, 193ff. In der ersten dieser Abhandlungen hatte Schloßmann die technische Bedeutung des Wortes „uindex" ganz und gar geleugnet, in dem Vindex des Gaius nichts gefunden als einen Bürgen i. allg.; auch in der zweiten nimmt er ihn noch als einen Gesamtbegriff, der nicht nur den Vindex bei der legis actio per manus iniectionem und der in ius uocatio in sich faßt, sondern auch den sponsor bei der cautio iudicatum solui und den Vadimoniumsbürgen. Wie er dies zu rechtfertigen sucht, muß man bei ihm selbst nachlesen. Wunderlich ist die Bestimmtheit, mit der Schl. bei Grünh 200 versichert, der Vindex in der l. col. Gen. c. 61 könne nur von dem Bürgen bei der cautio iud. solui verstanden werden, während doch das Gesetz eine m. i. iure iudicati anordnet und Gai. IV, 25 ausdrücklich berichtet, solange die legis actiones in usu gewesen seien, habe der iudicatus immer noch den alten uindex stellen müssen. Über l. Rubr. c. 21 i. f. s. unten S. 70.

[2] A. M. allerdings Schloßmann a. a. O. Was er bei Grünh. 218ff. vorbringt, läuft darauf hinaus, daß die von ihm unterstellte promissio des Vindex so unzweckmäßig formuliert gewesen wäre, daß der Prätor, um unerträglichen Konsequenzen vorzubeugen, sich genötigt gesehen hätte, der an sich zuständigen actio ex stipulatu nicht etwa bloß ausnahmsweise, sondern für die Regelfälle eine actio in factum zu substituieren.

[3] Die hierauf bezügliche Bemerkung SZ 25, 236 ist von Schloßmann, Grünh. Z. 32, 195 mißverstanden worden. Er schiebt mir die Meinung unter, als ob im Lateinischen ein Attribut, aus Substantiv und Präposition bestehend, unmöglich sei, und glaubt, mich demgegenüber auf Wendungen wie mortis causa donatio, bonorum possessio secundum tabulas und ähnl. aufmerksam machen zu sollen. Vom Standpunkt jenes Mißverständnisses aus hätte er übrigens genauer untersuchen müssen, ob gerade die Präposition causa in dieser Weise wie an das die Handlung bezeichnende Substantiv (z. B. donatio), so auch an das den Handelnden bezeichnende (z. B. donator) angehängt zu werden pflegt.

stellen haben. Gauckler[1] und Naber[2] sehen in ihm einen eigentlichen defensor des in ius uocatus, einen Vertreter also, der den Prozeß selbst mit allen Folgen habe auf sich nehmen müssen. Für diese Auffassung scheint auf den ersten Blick fr. 22 § 1 (2. 4) zu sprechen:

> Qui in ius uocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet et si, dum in ius uenitur, de re transactum fuerit.

Allein dies personam defendere, wenn es sich überhaupt auf den Vindex bezieht, braucht keineswegs von der prozessualischen Defension im technischen Sinne verstanden zu werden.[3] Im Gegenteil: da die technisch sog. Defension nur in iure übernommen werden kann, so würde die Stelle bei dieser Auffassung als Grund zur Entlassung des in ius uocatus einen erst vor dem Prätor vollziehbaren Akt bezeichnen, der uocatus also hiernach folgerichtig auch nicht sofort bei der Ladung, sondern erst in iure entlassen worden sein,[4] was doch kaum annehmbar erscheint. Auch würde eine Defensionspflicht des Vindex nicht geeignet sein, das Exhibitionsdekret und die actio in factum zu erklären; sie hätte vielmehr eher zu einer missio in bona uindicis führen müssen. Und endlich: ist es glaublich, daß man eine Partei, die, mit der in ius uocatio überrascht, im Augenblick der Ladung ohne erhebliche Nachteile nicht folgen konnte, aber vielleicht bereit war, sich demnächst an jedem beliebigen Tag dem Gegner zu stellen, von der Folgepflicht nur dadurch zu befreien vermochte, daß man den ganzen Prozeß auf sich nahm? Die Stelle wird daher anders zu erklären sein. Was sie als defensio personae bezeichnet, wird nichts andres sein als was in der bekannten Definition bei Festus s. v. uindex zum Ausdruck kommt: Uindex ab eo quod uindicat, quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur. Der uindex ist defensor personae insofern als er die Person vor Gewalt schützt, — das entscheidende Begriffsmerkmal, das der uindex bei der legis actio per manus iniectionem und bei der in ius uocatio miteinander gemein haben.[5] Befreiend für den uocatus muß aber schon die bloße Erklärung zum Vindex gewirkt haben, und durch diese Erklärung schon muß die Haftung des Vindex, worin sie auch bestanden haben mag, begründet worden sein. Ob dazu ein ausdrückliches „uindex sum", ob andere förmliche Worte oder symbolische Handlungen erforderlich waren, darüber geben uns die Quellen keinen Aufschluß, und es ist müßig, darüber Vermutungen aufzustellen. Ich hatte in EP[1] angenommen, daß der Vindex an Stelle des Geladenen dem Kläger habe vor den Prätor folgen müssen. Das weitere Verfahren dachte ich mir dann ursprünglich so, daß der Vindex in iure in die Hand

[1] NRH 1889, 621 ff.

[2] Obs. 45 (Mnemosyne 21, 371 ff.).

[3] Die Stelle ist schwerlich intakt überliefert. Insbesondere ist das Futurum defendet bei jeder Deutung anstößig, auch bei der hier bekämpften. Vgl. die folg. Note und zu der ganzen Stelle Wlassak, SZ 25, 127.

[4] Man darf nicht etwa das „defendet" i. S. einer Bereiterklärung zur künftigen Defension deuten. „Defendet" ist nicht „defensurus est".

[5] SZ 2, 53.

nicht des Gegners, sondern des Prätors oder eines seiner Offiziale die Gestellung des Geladenen versprochen habe, — auf dies Versprechen bezog ich, ohne ausreichenden Grund, die Bemerkungen bei Paul. sent. I 13a § 1a. 1.[1] In der französischen Ausgabe wagte ich statt dessen die Vermutung, daß dem Vindex in iure die Stellung eines gewöhnlichen Vadimoniums obgelegen habe, bei dessen Weigerung der Prätor durch Exhibitionsdekret und actio in factum interveniert wäre. Diese Hypothese scheitert aber an einem Quellenzeugnis, auf das in dieser Richtung zuerst Brassloff[2] hingewiesen hat, — Paul. 4 (2. 8) 4, woraus sich ergibt, daß das prätorische Exhibitionsdekret sich nicht unmittelbar an die in ius uocatio anzuschließen pflegte.[3] Eine Folgepflicht des Vindex ist nach alledem, mindestens für das klassische Recht, nicht anzunehmen. Sein Eintreten bei der in ius uocatio selbst, das der Kläger durch Zeugen konstatiert haben wird, genügte durchaus als Rechtfertigung für das späterhin an ihn zu richtende Exhibitionsdekret und die eventuelle Gewährung der actio in factum. „Wer dem Kläger die Vorführung unmöglich macht, der steht, das ist der Gedanke, dafür ein, daß der Geladene späterhin zu haben sein wird".[4] Ist dieser nicht zu haben, so wird der Vindex in ius voziert, und das Exhibitionsdekret gegen ihn erwirkt.

Hiernach kann zur Rekonstruktion der unter unserer Rubrik proponierten Klauseln und Formeln geschritten werden.

I

Rubr. D. (2. 6) ict. Gai. IV, 46:

IN IUS UOCATI UT EANT[5] AUT *UINDICEM* DENT.

Ulp. 5 fr. 4 § 1 (2. 4):

Praetor ait: PARENTEM,[6] PATRONUM PATRONAM,[7] LIBEROS PARENTES PATRONI PATRONAE[8] IN IUS SINE PERMISSU MEO NE QUIS UOCET.[9]

[1] Vgl. dagegen Naber, l. c. 375. Inzwischen haben uns die ägyptischen Urkundenfunde belehrt, daß Gestellungsbürgschaften Beamten gegenüber in den verschiedensten Verhältnissen vorgekommen sein müssen. Nachweisbare Beziehung auf den Vindex hat keine dieser Urkunden, weder die von Wenger, Papyrusstudien 1 ff., angeführten (s. auch ihn selbst SZ 23, 174) noch auch Pap. Lips. Nr. 36 (mit den Verbesserungen von Wilcken, Arch. f. Papyrusforsch. 3, 564; 4, 266), den der Herausgeber Mitteis auf den Vindex zu deuten geneigt scheint. Daß übrigens derartige Gestellungsbürgschaften nicht bloß im Straf- und Verwaltungs-, sondern auch im extraordinären Zivilprozeß eine Rolle gespielt haben, soll keineswegs bestritten werden, vgl. Boyé, Denuntiatio (1922) 76.

[2] Zur Kenntnis des Volksrechts (1902) 45.

[3] Vgl. SZ 25, 248 f.

[4] a. a. O. 250. Zu der obigen Auffassung stimmen auch die Ergebnisse der Rechtsvergleichung, s. Partsch, SZ 30, 499 f.

[5] Ulp. 5 (5. 1) 5, Paul. 4 (2. 4) 1. Zivile Befreiungen: Ulp. 5 eod. 2, 4 pr. cf. (4. 6) 26 § 2. Zeit: Ulp. 5 (2. 12) 2. Gerichtsort: hierher vielleicht Ulp. 5 (40. 2) 8 als Nebenbemerkung, s. aber S. 65 n. 5.

[6] Ulp. 5 (2. 4) 4 § 2. 3, 8 pr. cf. Gai. 1 (5. 1) 4, Paul. 4 (2. 4) 5, 7. C. h. t. 3.

[7] Ulp. 5 eod. 8 § 1. 2, 10 pr.–§ 4, Paul. 4 eod. 9.

[8] Ulp. 5 eod. 10 § 5–11.

[9] Ulp. 5 eod. 10 § 12. 13, C. (2. 2) 2, 3.

Paul. 1 (2. 6) 1:[1]

Edicto cauetur, ut *uindex* [D.: fideiussor iudicio sistendi causa datus] pro rei qualitate locuples detur . . .[2]

Ulp. 5 (2. 8) 2 § 2:

Praetor ait: SI QUIS PARENTEM, PATRONUM PATRONAM, LIBEROS AUT PARENTES PATRONI PATRONAE, LIBEROSUE SUOS [EUMUE, QUEM IN POTESTATE HABEBIT][3] UEL UXOREM UEL NURUM IN *IUS* [D.: iudicium][4] UOCABIT: QUALISCUMQUE *UINDEX* [D.: fideiussor iudicio sistendi causa] ACCIPIATUR.[5]

An die vorstehenden Ediktklauseln hat sich ein Schlußsatz geknüpft, der wider die Übertreter derselben ein iudicium recuperatorium[6] verhieß.[7] Dies iudicium war auf eine Geldstrafe gerichtet, die nach den Digesten für den Fall unerlaubter in ius uocatio einer Respektsperson wie auch für denjenigen der Nichtannahme eines Vindex von einem nahen Angehörigen[8] gleichermaßen 50 aurei betrug.[9] Nach der gewöhnlichen Umrechnungsweise[10] wären also für das Edikt 50000 Sesterze anzunehmen, während Gai. IV, 46 für den ersten Fall nur eine Strafe von „X milia" hat. Wie dieser Zwiespalt zu lösen, ob bei Gaius statt „X" zu lesen ist „L" oder mit Savigny[11] „V", oder ob die Kompilatoren hier nach einem andern Umrechnungsprinzip verfuhren,[12] ist eine Frage, die sich schwerlich auch nur mit einiger Bestimmtheit beantworten läßt. Ob auch für den Fall „si in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit" eine feste Geldstrafe angedroht oder iudicium auf quanti ea res erit angedroht war, wissen wir nicht: letzteres ist wohl wahrscheinlicher.[13]

Unter den Formeln ist uns bei Gai. IV, 46 die für den Fall unerlaubter in ius uocatio überliefert:

[1] Die Stelle gehört zu dem in § 2 besprochenen Edikt, das die Bestimmungen des Titels de in ius uocando auf die Munizipaljurisdiktion übertrug. In dem „ut fideiussor . . . datus . . . detur" tritt hier die Interpolation besonders klar zutage. Schloßmann bei Grünh. 32, 196 kommt freilich auch über diesen Anstoß hinweg.

[2] Ulp. 5 (2. 8) 2 pr., Gai. 1 eod. 5 § 1, l. Rubria c. 21 i. f.

[3] Die eingeklammerten Worte scheinen interpoliert; sie müßten auf einen Sohn mit peculium castrense gedeutet werden, sind aber neben dem liberosue überflüssig. Vgl. auch Eisele, SZ 21, 6. Sie fehlen auch in dem Referat bei Callistr. 1 (2. 6) 2. Ob das in der Ediktsprache seltene „uel" in dem Passus uel uxorem uel nurum echt oder ebenfalls interpoliert ist (s. Eisele a. a. O.), muß dahingestellt bleiben.

[4] Diese Interpolation geschah dem fideiussor iudicio sistendi causa zulieb. Daß dieselbe anderwärts unterblieben ist, ist für den, der die Inkonsequenz der Kompilatoren in Ansehung ihrer Interpolationen kennt, kein Gegenbeweis. A. M. Voigt a. a. O. 358 n. 169.

[5] Ulp. 5 (2. 8) 2 § 3. 4, Paul. 4 (2. 6) 3, Callistr. 1 eod. 2.

[6] Gai. IV, 46, l. Rubria c. 21 i. f.

[7] Erlaß ex causa: Paul. 4 (2. 4) 11, (50. 17) 108.

[8] Gemeint ist: Angehöriger des Klägers, nicht, wie Naber l. c. 377 annimmt, des Vindex selbst. Mit Recht hebt dagegen N. gegenüber der 1. Aufl. hervor, daß diese Klausel des Edikts nicht bloß von Respektspersonen handelt.

[9] Ulp. 5 (2. 4) 24 cf. eod. 12, Callistr. 1 (2. 6) 2.

[10] Vgl. S. 57 n. 5.

[11] System V, 79. Andere (unwahrscheinliche) Vermutung bei Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l.

[12] Palingen. praef. VII, 11.

[13] A. M. Beseler IV, 165.

RECUPERATORES SUNTO. S. P. ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO[1] CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS[2] IN IUS UOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILIA C. S. N. P. A.

Die andern Formeln kennen wir nicht, und Rudorff ist bei seinen Rekonstruktionsversuchen auch hier irregegangen. Die Formel aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit, lautet bei ihm (EP § 14) folgendermaßen:

> S. p. N^m N^m, cum ab A^o A^o ad illum praetorem in ius uocatus esset, neque uenisse neque uadimonium Romam ex decreto eius, qui Mutinae iure dicundo praefuit, promisisse aut uindicem locupletem non dedisse, recuperatores N^m N^m A^o A^o sestertium X milia c. s. n. p. a.

Hierbei denkt Rudorff an l. Rubria c. 21 i. f., wo den Munizipalmagistraten das Recht vorbehalten ist, iudicium gegen denjenigen zu gewähren, der „uadimonium Romam ex decreto eius . . . non promiserit aut uindicem locupletem . . . non dederit". Offenbar sind in dieser Stelle zwei Fälle vorgesehen: der, wo der Geladene zwar der in ius uocatio vor den Duovir gefolgt ist, dort aber das von diesem auferlegte Vadimonium nicht geleistet hat, und der, wo er der in ius uocatio nicht gefolgt ist, ohne einen uindex locuples zu stellen.[3] Daß beide Fälle in einer und derselben Formel vorgesehen waren, ist nicht gesagt und für das Edikt jedenfalls zu verneinen, da ja in ius uocatio und Vadimonium in ganz verschiedene Titel fallen. Rudorff hat nun aber nicht bloß diese eine Formel herzustellen versucht, sondern auch darin beide Fälle falsch charakterisiert. Denn seine Formel trifft einmal denjenigen in ius uocatus, der neque uenit neque uadimonium ex decreto eius, qui iure dicundo praefuit, promisit: als ob an denjenigen, der gar nicht in iure erschienen ist, überhaupt die Frage herantreten könnte, wie er sich dem Dekret des Magistrats gegenüber zu verhalten habe; und zweitens trifft sie denjenigen, qui uindicem locupletem non dedit, ohne daß

[1] *Veron.:* patrono liberto.

[2] Vgl. Ulp. 5 (2. 4) 24: in eum qui aduersus ea fecerit, . . . iudicium datur. Statt illius praetoris wurde im einzelnen Fall nicht etwa „meum" (so EP[1] mit Huschke, Studien 14), sondern der Name des betreffenden Prätors eingesetzt (so richtig Zimmern, CP 143 n. 4, Bethmann-Hollweg CP II, 313 n. 46). Der Prätor, der zur Zeit der Ladung amtiert hatte, brauchte ja gar nicht der zu sein, der die Formel gewährte.

[3] Allerdings bestritten von Schloßmann, SZ 24, 288f., Grünh. Z 32, 200f. An letzterm Orte legt Schl. entscheidendes Gewicht darauf, daß die Bestimmung der lex nicht den vollen nach meiner Meinung zu fordernden Tatbestand wiedergebe; es fehle das „neque uenerit". Derartige Schlüsse aus Auslassungen sind m. E. sehr bedenklich gegenüber einer Klausel, die (s. SZ 25, 246 n. 1) nicht die eigentlich maßgebende gesetzliche Anordnung enthält, sondern auf sie nur kurz rekapitulierend zurückverweisen will. Und muß diese maßgebende Anordnung genau so gelautet haben wie die des Hadrianischen Edikts? Wie, wenn dort, wie in den 12 Tafeln, die Folgepflicht des in ius uocatus zunächst unbedingt ausgesprochen, dann in besonderem Satz demjenigen, der sich der Folgepflicht entziehen wolle, die Stellung eines uindex locuples gestattet und alsdann hinzugefügt gewesen wäre: si uindicem locupletem ita non dederit usw.? Mißverstanden wird die Stelle auch von Voigt, XII Tafeln I, 575 n. 10.

hier, wo es darauf ankommt, die andere Bedingung der Verurteilung „neque uenisse" wiederholt ist. Ich meinerseits möchte nach Gai. IV, 46 vermuten, daß die Formel ganz einfach lautete:[1]

> *S. p. N^m N^m, cum ab A^o A^o in ius uocatus esset, neque uenisse neque uindicem pro rei qualitate locupletem dedisse* rel.

Nicht unmöglich wäre, daß auch in dieser Formel eine Verweisung auf das edictum praetoris vorkam: mit einem „neque uindicem ex edicto praetoris dedisse" oder „aduersus edictum neque uenisse neque uindicem dedisse" hätte man z. B. die exceptio für den Fall gespart, daß der Beklagte behauptete, ex edicto nicht zur Stellung eines uindex locuples verpflichtet zu sein. Ebenso unhaltbar, wie die eben betrachtete Rekonstruktion, ist auch Rudorffs Formel für den Fall, wo jemand von einem nahen Angehörigen keinen Vindex angenommen hat:

> S. p. N^m N^m, cum in hoc anno permissu illius praetoris A^m A^m patronum in ius uocasset, uindicem ab A^o A^o datum scientem non accepisse, recuperatores N^m N^m A^o A^o *rel.*

„In hoc anno": Gai. IV, 46 hat in der dort wörtlich erhaltenen Formel die Annalexzeption nicht, obwohl doch auch diese nach der Praxis — Ulp. 5 (2. 4) 24 — annal war; wie kommt also die Annalexzeption hierher? „Permissu illius praetoris": nichts berechtigt dazu, die Strafe des Edikts auf den Fall einzuschränken, wo der Prätor die in ius uocatio erlaubt hatte; wer ohne Erlaubnis in ius vozierte und den angebotenen Vindex nicht annahm, verfiel einfach beiden Pönalklagen. „Uindicem datum non accepisse": datum ist überflüssig, ja bedenklich; denn der uindex non acceptus ist auch nicht datus. „Uindicem datum scientem non accepisse": scientem schiebt Rudorff ein, weil es bei Callistr. 1 (2. 6) 2 heißt:

> in eum, qui non acceperit, cum sciret eam necessitudinem personarum, . . . iudicium competit.

Allein, abgesehen von der stilistischen Bedenklichkeit der Wendung „uindicem scientem non accepisse": die Worte des Callistratus sind schwerlich Ediktzitat, da die Hinweisung auf das scire in der bei Gai. IV, 46 überlieferten Formel fehlt, wo sie, objektiv betrachtet, ebenso notwendig wäre; jene Worte sind bloße Erläuterung des Edikts.

2

Ulp. 5 (2. 8) 2 § 5:

> In *uindicem* [D.: fideiussorem qui aliquem iudicio sisti promiserit] tanti quanti ea res erit[2] actionem dat[3] praetor. . . .

[1] Daß Beseler, Beitr. III, 20. 202, entgegen dem ausdrücklichen Bericht des Gai. 4, 46, die Existenz einer derartigen Formel in Abrede stellt, ist erstaunlich. Die Begründung „Numerius kommt nicht vor den Prätor" verstehe ich nicht. Numerius, den der Kläger bei der i. i. u. mangels ausreichender Gewaltmittel laufen lassen mußte, kann nachher — bei der i. i. u. wegen der actio poenalis — vor den Prätor geschleppt werden. Anders jetzt Beseler IV, 165.

[2] Gai. 1 eod. 3.

[3] Gai. 1 eod. 5 pr.

Ulp. 5 fr. 2 pr. (42. 4):

> Praetor ait: IN BONA EIUS, QUI *UINDICEM* [D.: iudicio sistendi causa fideiussorem] DEDIT (DEDERIT *scr.?*), SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET NEQUE DEFENDETUR,[1] IRI IUBEBO.

Über die Voraussetzungen des iudicium wider den Vindex erhalten wir volle Aufklärung durch Paul. 4 (2. 8) 4:

> Si decesserit qui *uindicem* [D.: fideiussorem] dederit [D.: iudicio sistendi causa], non debebit praetor iubere exhibere eum . quod si ignorans iusserit exhiberi uel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio . si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit ciuitatem, utiliter agi potest.

Diese in den früheren Ediktrekonstruktionen, auch in der Rudorffs, vernachlässigte Stelle läßt keinen Zweifel übrig, daß der Vindex nur dann kondemniert werden konnte, wenn er auf ein vom Prätor erlassenes Exhibitionsdekret an dem in diesem Dekret festgesetzten Exhibitionstage den Beklagten nicht exhibiert hatte.[2] Die bei Rudorff (EP § 14 S. 38) rekonstruierte Formel „s. p. N^m N^m . . . Titium illa die illo loco sisti promisisse neque Titium illa die ibi statum esse" ist hiernach nicht zu halten: Exhibitionszeit und Exhibitionsort wurden nicht vom Vindex durch promissio, sondern vom Prätor durch Dekret bestimmt.

Das Edikt über die missio in bona ist auf den ersten Blick auffallend. Das Edikt scheint überflüssig, da sein Fall schon gedeckt war durch die Klauseln „Qui fraudationis causa latitabit" und „Qui absens iudicio defensus non fuerit" unter dem allgemeinen Titel (XXXVIII) Quibus ex causis in possessionem eatur. Da von dem Kommentar Ulpians zu dieser Klausel, über die wir sonst nichts wissen, nur wenige Sätze erhalten sind, die keinen Aufschluß geben, so sind wir auf Vermutungen angewiesen. Nach Schloßmann, Grünh. Z. 32, 224ff., hätte der Prätor hier nicht etwa dem Gegner dessen, der den Vindex bestellt hatte, sondern dem Vindex selbst die missio in bona verheißen wollen, und zwar diesem, schon bevor er selbst durch Verurteilung oder mindestens Belangung einen aktuellen Regreßanspruch gewonnen hatte. Wenn das Edikt nicht anders lautete, als wir nach der Überlieferung annehmen müssen, halte ich diese Deutung für ausgeschlossen, obwohl die Rechtsvergleichung Analogien bietet.[3] Beseler[4] schiebt glattweg vor dedit ein non ein, so daß die missio gegen denjenigen verheißen worden wäre, qui vindicem *non* dedit. Bei dieser Eisenbartkur übersieht er, daß das Edikt dann doch hätte lauten müssen: In bona eius

[1] Flor.: defenderetur.

[2] Auf die Haftung des Vindex bezog sich wahrscheinlich auch die Entscheidung des Paulus in dem interpolierten fr. 10 pr. (2. 11). Vgl. SZ 25, 251ff. (zweifelnd Partsch, SZ 30, 501). Der Fall der Stelle mag so zu denken sein, wie Schloßmann, Grünh. Z. 32, 234f., ausführt. Nur steht bei dem „actio danda est" keine actio ex stipulatu in Frage, wie Schl. meint, sondern eine mit Rücksicht auf den Wegfall des Exhibitionsdekrets modifizierte actio in factum.

[3] Partsch, griech. Bürgschaftsrecht 282f., auch demot. Urkd. z. ägypt. Bürgschaftsr. 510f.

[4] Beitr. 3, 20.

qui *neque venit neque* vindicem dedit. Vielleicht liegt die einfachste Erklärung[1] in der Annahme, daß das Edikt bestimmt war, der Auffassung entgegenzutreten, daß der in ius uocatus durch die Stellung des Vindex der allgemeinen Pflicht zum „potestatem sui facere“ ein für allemal enthoben sei, sein Gegner sich vielmehr nur noch an den Vindex halten könne.[2] Es ging ja wohl nicht an, den in ius uocatus, der heute einen Vindex gestellt hatte, gleich morgen wieder von neuem zu laden. Aber ebensowenig konnte es dem uocatus gestattet sein, sich nun dauernd dem Erscheinen vor dem Prätor zu entziehen und den Kläger auf den Vindex zu verweisen. Das wird die Klausel haben einschärfen wollen, und das mag in dem Zusammenhang, worin sie ursprünglich stand, klarer hervorgetreten sein als jetzt.

Die Beziehung des Missionsedikts auf den in ius uocatus qui uindicem dedit wurde, das ist schließlich noch hervorzuheben, früher vielfach verkannt. Unter dem Einfluß der irrigen Meinung, daß Ulp. 5 auch von dem Vadimonium handle, behauptete man fast einstimmig, die Androhung der missio habe sich auf den Fall des uadimonium desertum bezogen.[3] Diese Ansicht widerlegt sich schon durch den Inhalt des Ediktes selbst. Das Vadimonium ging auf certa die sisti: hätte es daher die Klausel auf das uadimonium desertum abgesehen, so hätte die Bedingung der Mission, wenn nicht einfach „si uadimonium deseruerit“, dann nur die sein können „si illa die se non stiterit“, nicht aber das unbestimmte „si potestatem sui non faciet“, eine Fassung, die mir mit der als bereits bestehend vorausgesetzten Verpflichtung, an einem bestimmten Tage in iure zu erscheinen, ganz unvereinbar scheint.[4]

§ 12. NE QUIS EUM QUI IN IUS UOCABITUR UI EXIMAT[5]

Ulp. 5,[6] Paul. 4,[7] Gai. 1.[8]

[1] Andere problematischere Erklärungen versuchte ich SZ 2, 47 und in EP[1] 58.

[2] Wie das in andern Rechten tatsächlich der Fall ist, vgl. Partsch, SZ 30, 501. Nach H. Steiner, datio in sol. (1914) 12, wäre dies auch der Standpunkt des röm. ius ciuile gewesen.

[3] Vgl. statt anderer: Keller, semestria I, 55ff., CP n. 1047; Bethmann-Hollweg, CP II, 563 n. 32, 33; Karlowa, Beiträge z. Gesch. d. röm. CP (1865) 113. Richtig aber Rudorff, ZRG 4, 43, EP 38.

[4] Ich halte die obige Erwägung für ausschlaggebend. Daneben sei aber doch, als auf ein unterstützendes Moment, noch darauf aufmerksam gemacht, daß in Ciceros Rede pro Quinctio, in der es sich um eine auf Grund angeblichen uadimonii deserti erlangte missio handelt und in der alle auf diesen Fall auch nur möglicherweise zu beziehenden Ediktklauseln ausführlich besprochen werden, das Edikt des fr. 2 pr. cit. auch nicht mit einem Wort berührt ist. Unter den Erklärungsversuchen, die man vom Standpunkt der herrschenden Auffassung für diese Tatsache unternommen hat — vgl. Karlowa, a. a. O. 113f. —, ist m. E. kein einziger wirklich befriedigend. Am wenigsten hat die historische Erklärung für sich, die das Edikt des fr. 2 pr. für jünger hält als Ciceros Rede: gegenüber der ganz feststehenden Rechtsauffassung, die wir in dieser letztern bereits vorfinden, wäre die nachträgliche Entstehung des überflüssigen Spezialedikts wahrhaft unbegreiflich.

[5] D. (2. 7).

[6] h. t. 1, 3, 5, (5. 1) 16, cf. h. t. 5 § 4.

[7] h. t. 2, 4.

[8] (50. 17) 107 cf. h. t. 3 pr.

Rubr. D. (2. 7) ict. Paul. 4 h. t. 4 § 2 ergibt folgenden Wortlaut des Edikts:

NE QUIS EUM QUI IN IUS UOCABITUR UI EXIMAT[1] NEUE FACIAT DOLO MALO QUO MAGIS EXIMERETUR.[2]

Hieran knüpft sich die Verheißung der actio, Ulp. 5 h. t. 5 § 1:

In eum autem, qui ui exemit,[3] in factum[4] iudicium datur, quo non id continetur quod in ueritate est, sed quanti ea res est [ab actore aestimata], de qua controuersia est. hoc enim additum est, ut appareat, etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.

Die Formel[5] war ohne Zweifel in ihrer intentio bloße Umschreibung des Edikts. Schwierigkeit macht nur die Fassung der condemnatio, die nach dem angeführten Text erfolgen soll auf „quanti ea res est ab actore aestimata". Rudorff (EP § 15) nimmt einfach diese Klausel selber in die Formel auf, unterstellt also, was doch nicht glaublich ist, daß der Prätor den Geschworenen angewiesen habe, die Kondemnationssumme blindlings nach der Schätzung des Klägers zu bestimmen. Noch viel weniger ist an eine actio auf quanti ea res est mit zugefügter taxatio zu denken;[6] von anderm abzusehen, widerspricht dieser Auffassung direkt der von Ulpian in fr. 5 § 1 h. t. angegebene, gegen den Beklagten gerichtete Zweck jener Klausel. In den früheren Auflagen meinte ich, das Edikt habe eine in iure vorzunehmende aestimatio im Auge, deren Resultat, selbstverständlich unter Minderungsrecht des Prätors, in die Formel aufgenommen worden sei: diese letztere sei also auf certa pecunia gerichtet zu denken.[7] Wahrscheinlich aber sind die Worte „ab actore aestimata" nichts als ein ungeschicktes Glossem: die condemnatio ging einfach auf q. e. r. e.[8]

§ 13 ? ?

Mit dem Obigen ist alles erschöpft, was sich über den Inhalt des Titels de in ius uocando mit Sicherheit ermitteln läßt. Es scheint aber der Titel noch ein weiteres Edikt enthalten zu haben, worauf folgende drei enge zusammenhängende Stellen deuten:

Ulp. 5 (50. 16) 9:

Marcellus apud Iulianum notat uerbo „periisse" et scissum et fractum contineri et ui raptum.

[1] Ulp. 5 h. t. 1, 3, Paul. 4 h. t. 2, 4 pr. § 1.

[2] Ulp. 5 h. t. 5 pr.

[3] Ulp. 5 h. t. 5 § 2.

[4] Ulp. 5 h. t. 5 § 3.

[5] Vgl. Gai. IV, 46, D. (4. 6) § 12, Theophil. ad h. l.

[6] Vgl. gegen diese Ansicht namentlich Hefke, Bdtg. und Anwendungen der taxatio (Berlin 1879) 74 ff.

[7] So auch Hefke, a. a. O. 78. Über ältere Ansichten vgl. noch Glück, Erläuterung der Pandekten 3, 423 f.

[8] So mit sehr triftiger Begründung Faber, Ration. ad h. l. (ed. Lugd. 1604, I, 109) und ihm folgend Gradenwitz, Heidelb. Sitzgsber. 1915, 9. Abh. 51 f. Kretschmar, SZ 40, 159, ist diese Anzweiflung der überlieferten Lesart offenbar nicht bekannt gewesen.

Iulian. 1 (13. 6) 19:

Ad eos qui seruandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

Ulp. 5 (19. 2) 41:

— sed de damno ab alio dato agi cum eo[1] non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, siue custodiri potuit, ne damnum daretur, siue ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

Augenscheinlich handelt es sich in allen drei Stellen um die Haftung jemandes, der die custodia einer Sache übernommen hat. Die erste kann intakt sein, die zwei letzten sind stark interpoliert,[2] was aber für unsere Aufgabe außer Betracht bleiben kann. Ihre Beziehung ist dunkel. Ausgeschlossen ist durch ihren Inhalt der Gedanke an die viel weniger weitgehende Verantwortlichkeit des nach (42. 4) 2 pr. Eingewiesenen,[3] wie auch an die Haftung aus dem Edikt des § 12.[4] Auch eine Sequestration der in den Streit gezogenen Sache, woran ich in den früheren Auflagen dachte,[5] steht schwerlich in Frage; es fehlt uns jeder Anhalt für die Annahme, daß das Edikt eine solche, und speziell in diesem Zusammenhang, vorgesehen habe.

Tit. VI

DE POSTULANDO[6]

Ulp. 6,[7] Paul. 5,[8] Gai. 1,[9] Callistr. 1.[10]

Ulp. 6 fr. 1 § 1 h. t.:

. . . (praetor) tres fecit ordines: nam quosdam in totum prohibuit postulare, quibusdam uel pro se permisit, quibusdam et pro certis dumtaxat personis et pro se permisit.

[1] In den D. geht voraus (fr. 40): qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

[2] Schulz, Einführung in d. Stud. der Dig. 47, Haymann, SZ 40, 194, 197, Kunkel, SZ 45, 269ff.

[3] Vgl. (42. 5) 9 pr.

[4] Hierfür H. Krüger, SZ 37, 256².

[5] Arg. (2. 8) 7 § 2 — ganz unecht —, (1. 18) 16, (10. 4) 11 § 1, (49. 1) 21 § 3, C. (4. 4) 1, Petron. satir. c. 14.

[6] D. (3. 1), C. (2. 6). Ulp. 6 h. t. 1 pr.: hunc titulum praetor proposuit. . . . Vgl. auch Spicil. Solesm. ed. Pitra I, 282 (bei Krüger, coll. libr. iur. anteiust. II, 160): Ulpianus libro ad edictum sexto qui pro aliis ne postulent titulo sexto sic refert etc. Möglich, daß in dieser korrumpierten Stelle bei dem „titulo sexto" an den 6. Titel des Edikts zu denken ist.

[7] h. t. 1, 3, 6, (3. 2) 2, 4, 6, 8, 11, 13, 24, (5. 1) 6, (23. 1) 18, (42. 1) 2, (47. 15) 1, (48. 19) 32, (49. 14) 4, (49. 16) 1, (50. 16) 10, 12. Die Beziehungen werden sich unten ergeben. Falsch inskribiert VI statt VII ist (45. 1) 69.

[8] h. t. 4, (3. 2) 5, 7, 9, 12, 14, (23. 1) 13, (50. 17) 109.

[9] h. t. 2, (3. 2) 3, (50. 16) 11.

[10] (46. 3) 85.

§ 14. *QUI OMNINO NE POSTULENT*

Der erste Abschnitt enthielt zwei absolute Postulationsverbote:

MINOREM ANNIS DECEM ET SEPTEM,[1] [qui eos non in totum compleuit][2] prohibet postulare . . .

SURDUM, QUI PRORSUS NON AUDIT, prohibet apud se postulare . . .[3]

Hinzugefügt war die Bestimmung:

SI NON HABEBUNT ADUOCATUM, EGO DABO.[4]

§ 15. QUI PRO ALIIS NE POSTULENT[5]

Die Postulation für andere war untersagt:

den Frauen

feminas prohibet pro aliis postulare . . .,[6]

den Blinden:

CAECUM UTRISQUE LUMINIBUS ORBATUM praetor repellit . . .[7]

demjenigen,

QUI CORPORE SUO MULIEBRIA PASSUS *ERIT*,[8] QUI CAPITALI[9] CRIMINE DAMNATUS *ERIT*. . ., QUI OPERAS SUAS, UT CUM BESTIIS DEPUGNARET, LOCAUERIT.[10]

Am Schlusse seines Kommentars zu diesem Abschnitt bemerkt Ulpian fr. 1 § 6 h. t.:

Qui aduersus ea fecisse monstretur, et pro aliis interdicta postulatione repellitur et pro aestimatione iudicis extra ordinem pecuniaria poena multabitur.

Rudorff[11] hält dies für die Rekapitulation einer ediktalen Bestimmung. Mir ist das mehr als zweifelhaft. Multenandrohungen im Edikt können zwar nicht als ausgeschlossen gelten (vgl. § 169); in solcher Unbestimmtheit aber waren sie ganz überflüssig; denn daß der Prätor seinen Verboten durch Multen Nachdruck geben konnte und gab, wußte ohnedies jeder. Der von der Mult handelnde Satz ist interpoliert; darauf weist die hier auffallende Bezeichnung des Prätors als iudex und der Wechsel des Tempus (repellitur — multabitur).

[1] Daß dies genauer Ediktwortlaut ist, will ich nicht behaupten; Gradenwitz hat mich auf die Differenz gegenüber der Fassung des Restitutionsedikts (§ 41) — cum minore quam XXV annis natu — aufmerksam gemacht.

[2] Die Echtheit dieses überflüssigen Zusatzes ist zweifelhaft; dagegen scheint mir die Anzweiflung der Ediktmäßigkeit der angegebenen Altersgrenze selbst (Solazzi, st. sulla tut. II [1926], 29ff.) nicht begründet.

[3] Ulp. 6 h. t. 1 § 3.

[4] Ulp. 6 h. t. 1 § 4.

[5] Ulp. 6 h. t. 1 § 5, Spicil. Solesm. a. a. O. (S. 75[6]).

[6] Ulp. 6 h. t. 1 § 5. Das Edikt hatte: mulieres. Cf. Spicil. Solesm. l. c., wo aus Ulp. 6 zitiert ist: inuenimus apud ueteres mulieris appellatione etiam uirgines contineri.

[7] Ulp. 6 h. t. 1 § 5. Hierher (5. 1) 6.

[8] Ulp. 6 h. t. 1 § 6. Hierher vielleicht als Nebenbemerkung Ulp. 6 (3. 2) 24; doch ist diese Stelle wohl eher zu (3. 2) 4 § 3 zu ziehen.

[9] Hierher: Ulp. 6 (48. 19) 32.

[10] Ulp. 6 h. t. 1 § 6.

[11] ZRG 4, 57, EP § 18.

§ 16. *QUI NISI PRO CERTIS PERSONIS NE POSTULENT*

Dieser Abschnitt zerfiel in zwei Edikte. Das erste schärfte summarisch die auf Gesetz oder gesetzesgleicher Vorschrift beruhenden Postulationsverbote ein, Ulp. 6 h. t. 1 § 8:

> Ait praetor: QUI LEGE PLEBIS SCITO SENATUS CONSULTO EDICTO DECRETO PRINCIPUM NISI PRO CERTIS PERSONIS POSTULARE PROHIBENTUR, HI PRO ALIO, QUAM PRO QUO LICEBIT, IN IURE APUD ME NE POSTULENT.

Das zweite Edikt enthielt die hierhergehörigen prätorischen Postulationsverbote. Dasselbe ist, wie ich an anderm Orte[1] nachgewiesen habe, von den Justinianischen Kompilatoren auseinandergerissen und interpoliert worden. Aus dem Verzeichnis der von der Postulation ausgeschlossenen Personen, soweit es noch praktisch war, machten sie fr. 1 de his qui notantur inf. (3. 2), indem sie jenem Verzeichnis die Worte „infamia notatur" und dem Ganzen die unmögliche Inskription „Iulianus libro primo ad edictum" vorsetzten. Den authentischen Abschluß des Edikts aber haben sie in fr. 1 § 9 und 11 (3. 1) gleichwohl getreulich überliefert. Die Fälschung, einmal aufgedeckt, ist zweifellos und handgreiflich;[2] ich komme daher hier nicht weiter darauf zurück. Das Edikt lautete (soweit die Kategorien der Postulationsunfähigen in fr. 1 de his qui not. aufgenommen sind) folgendermaßen:[3]

> QUI AB EXERCITU IGNOMINIAE CAUSA AB IMPERATORE EOUE, CUI DE EA RE STATUENDI POTESTAS FUERIT, DIMISSUS ERIT:[4] QUI ARTIS LUDICRAE PRONUNTIANDIUE CAUSA IN SCAENAM PRODIERIT:[5] QUI LENOCINIUM FECERIT:[6] QUI IN IUDICIO PUBLICO CALUMNIAE PRAEUARICATIONISUE CAUSA QUID FECISSE IUDICATUS ERIT:[7] QUI FURTI, UI BONORUM RAPTORUM, INIURIARUM, DE DOLO MALO ET FRAUDE SUO NOMINE[8] DAMNATUS PACTUSUE ERIT:[9] QUI PRO SOCIO, TUTELAE, MANDATI, DEPOSITI SUO NOMINE [NON CONTRARIO IUDICIO][10]

[1] SZ 2, 56f.

[2] Vgl. jetzt auch die neuere Lesung des cod. Veron. zu Gai. IV, 182, wodurch die obige Deduktion ihre äußere Bestätigung gefunden hat. Sie lautet mit Krügers Ergänzungen: *nec tamen* ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus *sit* usw. Steht auch nicht jedes einzelne Wort fest, so ist doch dem Sinne nach zweifellos richtig ergänzt. Die Textrekonstruktion Karlowas (RG I, 762) schaltet nicht nur allzu frei mit dem Manuskript, sondern scheitert auch an einer andern Klippe: sie setzt voraus, daß der Prätor unter dem Titel de cognitoribus et procuratoribus (unten § 25, 26) auf den Infamenkatalog des Edikts de postulando zurückverwiesen habe, was nachweisbar nicht der Fall war. Gegen Karlowa, liter. Zentralbl. 1884 nr. 15 vgl. Wlassak, Grünh. Z. 12, 259. Keine Förderung gewährt Greenidge, Infamia (Oxf. 1894) 113f.

[3] Lenel, a. a. O. 61.

[4] Ulp. 6 (3. 2) 2 pr.-§ 4.

[5] Ulp. 6 eod. 2 § 5, 4 pr. § 1, Gai. 1 eod. 3.

[6] Ulp. 6 eod. 4 § 2. 3, 24.

[7] Ulp. 6 eod. 4 § 4, (47. 15) 1.

[8] Paul. 5 (3. 2) 14.

[9] Ulp. 6 eod. 4 § 5, 6 pr.-§ 4, (49. 14) 4 ict. Paul. 5 (3. 2) 5; C. (2. 11 [12]) 18, Gai. IV, 182. Cf. tab. Heracl. lin. 110ff., tab. Atestin. lin. 3ff., auct. ad Herenn. IV, 27 § 37.

[10] Die Worte „non contrario iudicio" dürften (wie in § 2 I. [4. 16] ict. Gai. IV, 182) interpoliert sein, vgl. Alibrandi, opp. I, 407ff., Appleton, rev. gén. du dr. 1900, 223. Ob der contrario iudicio damnatus nach

DAMNATUS ERIT:[1] QUI EAM, QUAE IN POTESTATE EIUS ESSET, GENERO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET,[2] INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE UIRUM[3] MORIS EST,[4] ANTEQUAM UIRUM ELUGERET, IN MATRIMONIUM COLLOCAUERIT: EAMUE SCIENS [QUIS][5] UXOREM DUXERIT NON IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE ES*SET*:[6] ET QUI EUM QUEM IN POTESTATE HABERET, EAM, DE QUA SUPRA COMPREHENSUM EST, UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT:[7] QUIUE SUO NOMINE[8] NON IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE ESSET, EIUSUE NOMINE QUEM[9] QUAMUE IN POTESTATE HABERET[10] BINA SPONSALIA BINASUE NUPTIAS[11] [IN] EODEM TEMPORE[12] CONSTITUTAS[13] HABUERIT:[14]

QUI EX HIS OMNIBUS QUI SUPRA SCRIPTI SUNT, IN INTEGRUM RESTITUTUS NON ERIT:[15]

PRO ALIO NE POSTULENT,[16] PRAETERQUAM PRO PARENTE, PATRONO PATRONA, LIBERIS PARENTIBUSQUE PATRONI PATRONAE, LIBERISUE SUIS, FRATRE SORORE,[17] UXORE, SOCERO SOCRU, GENERO NURU, UITRICO NOUERCA, PRIUIGNO PRIUIGNA, PUPILLO PUPILLA, FURIOSO FURIOSA,[18] CUI EORUM A PARENTE AUT DE MAIORIS PARTIS TUTORUM[19] SENTENTIA AUT AB EO, CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUIT EA TUTELA CURATIOUE[20] DATA ERIT.

klassischem Recht infam oder durch die Interpretation ausgeschieden wurde, muß an dieser Stelle, wo es sich nur um die Feststellung des Ediktswortlauts handelt, dahingestellt bleiben. Die Erläuterung in (3. 2) 6 § 7 ist schwer verdächtig. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Alibrandi l. c., F. Schulz, interpolationenkrit. Stud. SA 17ff. in Fschr. Zitelm. (1913), Beseler, Beitr. 3, 76, Solazzi, I.L. 58, 309, Kübler, SZ 38, 81ff. (gegen ihn wieder Beseler, Beitr. 4, 255), Partsch, neg. gestio (Heidelb. Sitzgsber. 1913) 55. Für echt hält das „non contrario iudicio" Biondi, iud. b. f. I, 67, indem er die Klausel allein auf das zuletzt genannte iud. depositi bezogen wissen will; das heißt dem Prätor eine sehr ungeschickte Formulierung zutrauen.

[1] Ulp. 6 eod. 6 § 5–7, Paul. 5 eod. 7, Gai. IV, 182, Vat. 339, cf. tab. Heracl. und tab. Atestin. l. c.

[2] Ulp. 6 eod. 8.

[3] Ulp. 6 eod. 11 pr., Paul. 5 eod. 9.

[4] Ulp. 6 eod. 11 § 1–3.

[5] *Qui? sed potius „quis" del.* (Mommsen).

[6] Ulp. 6 eod. 11 § 4, Paul. 5 eod. 12.

[7] Ulp. 6 eod. 11 § 4, 13 pr.

[8] Ulp. 6 eod. 13 § 1.

[9] Paul. 5 (23. 1) 13, (50. 17) 109.

[10] Ulp. 6, 13 § 1 cit.

[11] Ulp. 6 eod. 13 § 3, C. (5. 5) 2.

[12] Ulp. 6 eod. 13 § 2.

[13] Ulp. 6 (23. 1) 18.

[14] Ulp. 6 (3. 2) 13 § 4.

[15] Ulp. 6 (3. 1) 1 § 9. 10.

[16] Hierzu und zum folgenden: Ulp. 6 (3. 1) 1 § 11, 3, 6, Paul. 5 eod. 4, Gai. 1 eod. 2.

[17] Gell. N. A. XIII, 10 § 3.

[18] Hier schiebt Rudorff (EP p. 43) wegen Gai. 1 h. t. 2 „fatuo fatua" ein; allein diese Worte sind nicht ediktal, wie daraus hervorgeht, daß einesteils Ulpian sie nicht hat, andernteils Gaius oder Tribonian ihre Einschiebung besonders motiviert: cum istis quoque personis curator detur. Vgl. Ulp. 6 h. t. 3 § 3.

[19] In der 1. Aufl. ist das in den Digesten überlieferte „tutorum" durch „tribunorum" ersetzt (vgl. Gai. I, 185, Ulp. XI, 18). Allein die Schlußworte unseres Edikts sind nicht von der Übertragung der Vormundschaft, sondern von der der administratio tutelae zu verstehen; vom tutor Atilianus ist daher hier nicht die Rede. Cf. (46. 7) 3 § 5, (26. 7) 3 § 7, Naber, obs. 3 (Mnemos. 17, 388).

[20] Das Wort „curatioue" wird von Taubenschlag, vormdschrtl. Stud. 19[65], Solazzi, min. età 289[1], tut. e curat. 17 für itp. gehalten. Dann müßte aber auch „furioso furiosa" gestrichen werden, Worte, die durch (3. 1) 3 § 3 gestützt werden; hätte der furiosus nicht im Edikt gestanden, so hätten die Kompilatoren sicher zugleich mit ihm auch die andern der cura unterworfenen Personen hineininterpoliert. Richtig ist, daß der Satz „cui eorum *rel.*" nur z. T. auf Kuratoren Anwendung finden konnte. Diese Einschränkung zu machen, konnte der Ediktsredaktor dem verständigen Leser überlassen.

Es erübrigt nunmehr nur noch die Ergänzung des von den Kompilatoren ohne Zweifel stark beschnittenen Katalogs postulationsunfähiger Personen.

Zunächst läßt sich aus Vergleichung des in der tab. Heracl. lin. 110 ff. erhaltenen Verzeichnisses bescholtener Personen mit Spuren in den verzettelten Bruchstücken der Kommentare zu unserm Edikt nachweisen, daß folgende Infamiefälle der lex Iulia auch in unserm Edikt figuriert haben:[1]

> qui sponsoribus creditoribusue[2] suis renuntiauit renuntiauerit, se soldum[3] soluere non posse aut cum eis pactus est erit se soldum soluere non posse, . . . cuiusue bona ex edicto[4] eius, qui iure dicundo praefuit praefuerit, praeterquam si cuius cum pupillus esset reiue publicae causa abesset[5] neque dolo malo fecit fecerit quo magis rei publicae causa abesset,[6] possessa proscriptaue sunt erunt.

Zweifellos dürften ferner auch im Edikt vertreten gewesen sein die beiden Klauseln der lex Iulia, die die Gladiatoren und lanistae betreffen, obwohl wegen des Untergangs der Gladiatorenspiele von diesen sich keine Spur in die Digesten gerettet hat:

> qui depugnandi causa auctoratus est erit fuit fuerit (tab. Heracl. lin. 112 f.), . . . qui lanistaturam fecit fecerit . . . (tab. Heracl. lin. 123).

Der fortdauernd entehrende Charakter beider Gewerbe steht fest, und unter eine der erhaltenen Ediktklauseln fallen sie nicht.[7] Zweifelhaft könnte nur sein, ob nicht lanistae und Gladiatoren schon in den zweiten Abschnitt unseres Titels zu den freilich weit tiefer verachteten bestiarii zu stellen wären.

Weiterhin ist aus dem Verzeichnis der iudicia famosa durch die Kompilatoren die actio fiduciae gestrichen worden[8] und hat auch die Klausel pro quo datum depensum est erit — tab. Heracl. lin. 115 — ein wohlbegründetes Recht auf Aufnahme ins Edikt.[9] Desgleichen die auf den ver-

[1] Hierauf hat m. W. zuerst Alibrandi (opp. I, 32 ff.) aufmerksam gemacht.

[2] Ulp. 6 (50. 16) 10, 12 pr., Gai. 1 eod. 11.

[3] Ulp. 6 (50. 16) 12 § 1, Callistr. 1 (46. 3) 85.

[4] Ulp. 6 (42. 1) 2.

[5] Ulp. 6 (49. 16) 1.

[6] Hier dürfte der Prätor noch eine Ausnahme zugunsten des debitor, qui ex lege Iulia bonis cesserit, eingerückt haben, C. (2. 11 [12]) 11. Bas. 21, 3, 10.

[7] Namentlich nicht unter die „qui artis ludicrae causa in scaenam prodierit". Das Gegenteil nimmt Pernice, Labeo I, 245 n. 21 an, weil nach (3. 2) 2 § 5 diejenigen, die quaestus causa in certamina descendunt, unter jene Klausel subsumiert werden. Allein bei diesen certamina ist nicht an Gladiatorenkämpfe, sondern an die Wettkämpfe bezahlter Ringer, Wettläufer u. dgl. zu denken, die den uirtutis gratia kämpfenden Athleten — eod. 4 pr. — hier entgegengestellt werden. Den Gladiator entehrt nicht das öffentliche Auftreten, sondern schon das auctoramentum selbst, und der lanista betreibt keine ars ludicra (welch letzteres übrigens auch hinsichtlich des Gladiators bestreitbar ist).

[8] Gai. IV, 182, tab. Heracl. lin. 111, Cic. pro Caec. c. 3 § 7.

[9] Einen Hinweis auf die actio depensi gab wohl der ursprüngliche Text von fr. 6 § 5 (3. 2), den die Kompilatoren ungeschickt verändert haben. Vgl. Appleton l. c.

urteilten Betrüger von Minderjährigen bezügliche Klausel der tab. Heracl. lin. 111 f.:

> qui lege Plaetoria ob eamue rem, quod aduersus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit.[1]

Dagegen dürfen die Klauseln über den Trauerbruch nicht aus dem in Fragm. Vatic. 320 überlieferten Edikte vervollständigt werden.[2] Karlowa[3] hat überzeugend nachgewiesen, daß der in letzterer Stelle bruchstückweise gegebene Infamenkatalog keineswegs mit dem uns hier beschäftigenden identisch ist, daß er vielmehr einem ganz andern Edikttitel, dem de cognitoribus et procuratoribus, angehört und daß entscheidende äußere und innere Gründe[4] die Ergänzung unseres Edikts aus diesem in Rudorffs Sinne verbieten.

Tit. VII

§ 17–24. *DE UADIMONIIS*

Ulp. 7,[5] Paul. 6,[6] 7,[7] Gai. 2,[8] Iulian. 2,[9] Callistr. 1.[10]

Die Ordnung der Materien in diesem von den Kompilatoren schlimm mitgenommenen Titel läßt sich nur zum Teil sicher bestimmen. Anhaltspunkte gewährt die Rubrikenordnung der Digesten (2. 8) bis (2. 10), wie auch der Paulinische Ediktkommentar, in dem das Vadimonium zwei Bücher ausfüllt. Im übrigen sind wir auf Vermutungen angewiesen. Ich gebe im folgenden den nachweisbaren Inhalt des Titels, wobei dahingestellt bleiben soll, ob nicht im Album mehrere der hier getrennten Klauseln jeweils zu einer einzigen verbunden waren.

Erste Klausel (de uadimonio faciendo).

Gai. IV, 184:

> Cum autem in ius uocatus fuerit aduersarius neque *e*o die finiri potuerit negotium, uadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo di sisti.[11]

[1] Cic. de nat. deor. III, 30 § 74: iudicium publicum rei priuatae lege *P*laetoria. Fr. de form. Fab. § 4: *P*laetoriae noxales sunt.

[2] So Rudorff, ZRG 4, 53 ff.

[3] ZRG 9, 220 ff.

[4] Diesen Beweisgründen kann noch hinzugefügt werden, daß die in Vat. 320 erwähnte Trauerpflicht um Eltern und Kinder, von Ulpian nicht in lib. 6, sondern in lib. 8, d.h. gelegentlich des Edikts de cognitoribus, besprochen wurde: Ulp. 8 (3. 2) 23.

[5] (2. 9) 1, 3, (2. 10) 1, (3. 3) 5, 7, (5. 1) 7, (9. 4) 11, (48. 10) 25, (50. 16) 13. Hierher gehört ferner (45. 1) 69, im Flor. ursprünglich richtig Ulp. 7, dann vom Korrektor fälschlich Ulp. 6 inskribiert. Nicht hierher gehört dagegen (19. 2) 44, fälschlich Ulp. 7 statt Ulp. 17 inskribiert.

[6] (2. 8) 16, (2. 9) 2, (2. 10) 2, (3. 3) 6, (6. 1) 6, (9. 4) 12, (12. 2) 15, (26. 8) 17, (50. 17) 110.

[7] (4. 1) 5, (48. 6) 9, (50. 16) 14.

[8] (5. 1) 8, (9. 4) 1, (50. 17) 111.

[9] (2. 10) 3, (50. 16) 200.

[10] (47. 9) 6.

[11] Cf. Prob. Einsidl. 63: V. F. I. = uadimonium fieri iubere (iubebo?). Hieran wird sich die Verheißung einer actio wider den Verweigerer des Vadimoniums angeschlossen haben, arg. l. Rubr. c. 21 i. f. A. M., auf Grund irriger Auffassung des Edikts Si quis ius dicenti non obtemperauerit, Voigt, Abh. der kgl. sächs. Gesellsch. d. Wiss. VIII, 359

Zweite Klausel (quanti uadimonia fiant).

Gai. IV 186:

> Et siquidem iudicati depensiue agetur, tanti *fi*t uadimonium, quanti ea res erit: si uero ex ceteris causis, quanti actor iurauerit n*on* calumniae causa postulare sibi *u*adimonium promitti: nec tamen *pluris quam partis dimidiæ nec* pluribus quam sestertium centum milium fit uadimonium:[1] itaque si centum milium res erit nec iudicati depensiue ag*e*tur, non plus quam sestertium quinquaginta mili*um* fit uadimonium.[2]

Dritte Klausel: QUI SATISDARE COGANTUR UEL IURATO PROMITTANT UEL SUAE PROMISSIONI COMMITTANTUR. D. (2. 8.).

In dieser Digestenrubrik haben wir ohne Zweifel die dem Bericht des Gai. IV, 185 entsprechende Ediktrubrik[3] vor uns:

> Fiunt aut*em* uadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisdatione, quibusdam cum satisdatione,[4] quibusdam iureiurando,[5] quibusdam recuperatoribus suppositis —: eaque singula diligenter praetoris edicto significantur.

Über das uadimonium recuperatoribus suppositis s. unten.

n. 175. Denkbar wäre übrigens, daß der Prätor gegen den Verweigerer des Vadimoniums sofort missio in bona gewährt hätte. L. Rubr. cit. beweist nicht dagegen; denn dort handelt es sich um Munizipalmagistrate, die missio gar nicht erteilen konnten, und nur darum, dem Kläger sofort einen an Ort und Stelle verfolgbaren Anspruch zu sichern.

[1] Exceptio bei irrig auf höhere Summe gestelltem Vadimonium: (2. 11) 4 § 5. Auf die vorschriftsmäßige Summe kann aber natürlich auch hier anstandslos geklagt werden, weil in eo, quod plus sit, semper inest et minus. Paul. 6 (50. 17) 110, welche Stelle vermutlich hierher gehört. Vgl. Jac. Gothofredus ad h. l. (opp. min. Lugd. 1733, p. 1023), Rudorff, ZRG 4, 65 n. 115. Doch sind auch andere Zusammenhänge denkbar, vgl. z. B. collatio II, 6 § 1, Gai. III, 224.

[2] Cf. Iulian. 2 (2. 10) 3 § 4: si a fideiussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non uenerit, petiturus a reo centum . . . (2. 11) 4 § 5: . . . si iudicio sistendi causa pluris quam statutum est per ignorantiam promissum fuerit . . . Die Interpolationen ergeben sich von selbst.

[3] Die Worte „suae promissioni committantur" für nicht ediktal zu halten, wie Rudorff (ZRG 4, 63 n. 103) will, sehe ich keinen Grund.

[4] So namentlich das Vadimonium der Stellvertreter. Hierher Paul. 6 (50. 16) 110 § 1 (vgl. schon Jac. Gothofredus, opp. min., Lugd. 1733, p. 1024f., der freilich an die cautio iudicatum solui denkt; unrichtig Rudorff, a. a. O. n. 106, richtig EP § 21[2]). Für den procurator praesentis leistet der dominus selbst das Vadimonium. Hierher wahrscheinlich (3. 3) 5–7 aus Ulp. 7 und Paul. 6, Stellen, die von Rudorff, ZRG 4, 70 n. 1 und EP § 24[4] mißdeutet sind. Ob auch für den cognitor? Dies wurde von mir in den früheren Auflagen behauptet, ist aber keineswegs sicher und jedenfalls durch Gai. 4, 101 nicht bewiesen. Vgl. Wirbel, le cognitor (1911) 116[2].

[5] Hierher Paul. 6 (2. 8) 16, (12. 2) 15. Der Eid kommt hier nur als moralische Verpflichtung und allenfalls strafrechtlich (Mommsen, Strafr. 586) in Betracht. A. M. Voigt, Abh. der kgl. sächs. Ges. der Wiss. VIII, 358 n. 174. Wenger, Papyrusstudien 75, nimmt an, das uadimonium iureiurando sei nicht durch bloßen Eid, sondern durch Stipulation und Eid bestellt worden. Das ist sehr einleuchtend, wenn es auch durch die von Wenger angef. Urkunde P. Oxyrr. II, nr. 260 nicht dargetan werden kann; denn die in dieser Urkunde erwähnte zweiseitige Übereinkunft ist sicher kein Vadimonium. Ebenso wird mit W. als sehr wahrscheinlich angenommen werden dürfen, daß das uadimonium recup. supp. durch Stipulation und Einsetzung des iud. recup. stattfand.

Vierte Klausel: *de uadimonio concipiendo.*[1]

Die Ediktmäßigkeit dieser von Rudorff nicht aufgenommenen[2] Klausel ergibt sich aus Paul. 6 (6. 1) 6. Im Zusammenhang der Justinianischen Kompilation hat diese Stelle Bezug auf die intentio der rei uindicatio. Daß sie ursprünglich die Fassung des Vadimoniums betraf, erhellt nicht nur aus der Inskription Paul. 6, sondern auch aus ihrem Inhalt: denn zweimal zieht der Jurist, indem er die Fassung des Vadimoniums erörtert, die Grundsätze über die Designation des Streitgegenstandes in der Formel analog oder gegensätzlich heran:

> quamuis et in uasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata uel rotunda, uel pura an caelata sint, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est . . . licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint *rel.*

Daß wir es aber in der Stelle wirklich mit der Erörterung von Ediktworten und nicht mit gelegentlich an andere Klauseln angeschlossenen Erörterungen zu tun haben, zeigt ihr Anfang:

> Si in rem aliquis agat, debet designare „rem" et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim „rei" non genus sed speciem significat.[3]

Fünfte Klausel: SI EX NOXALI CAUSA AGATUR, QUEMADMODUM CAUEATUR.[4] D. (2. 9).

Ulp. 7 h. t. 1:

> Si quis eum, de quo noxalis actio est,[5] iudicio sisti promisit, praetor ait: IN EADEM CAUSA EUM EXHIBERE, IN QUA TUNC EST, DONEC IUDICIUM ACCIPIATUR.

Der Eingang der Stelle ist augenscheinlich Produkt der Kompilatoren. Ulpian handelte hier, wie die Digestenrubrik dartut, von dem „quemadmodum caueatur" nicht von dem was Rechtens war „si quis promisit". Ich zweifle nicht, daß die zitierten Worte des Prätors sich auf die Fassung des Vadimoniums bezogen, etwa: ita uadimonium fieri iubebo, ut in eadem causa eum exhibere promittat *rel.;* daß nämlich das Vadimonium in der Tat in dieser Weise zu fassen war, steht fest.[6] Kommentar zu unserer Klausel enthalten Ulp. 7 h. t. 1, 3, (9. 4) 11, (45. 1) 69, Paul 6 h. t. 2, (9. 4) 12.

[1] Cic. ad Quintum fr. II, 13 (15ᵃ) § 3: negat enim . . . quemquam fuisse, qui uadimonium concipere posset.

[2] S. aber ZRG 4, 64.

[3] Auf den Grad der in re designanda erforderten Genauigkeit kann zu beziehen sein Ulp. 7 (50. 16) 13 pr.: mulieris appellatione etiam uirgo uiripotens continetur. Anders, m. E. unmöglich, Rudorff, EP § 20³.

[4] Uadimonium fiat *Ulp.?*

[5] Gai. 2 (9. 4) 1, Iulian. 2 (50. 16) 200.

[6] (2. 9) 5, 6. Die Bemängelungen Nabers, obs. 45 (Mnemos. XXI, 379), scheinen mir grundlos. Er fragt: Ciuili quum teneatur actione qui promiserit hominem sisti, quorsum in eundem honoraria? Allein hier ist nicht die Rede von dem, der Vadimonium auf die Noxalklage bereits geleistet hat, sondern von der Frage, wie das Vadimonium zu fassen ist (s. oben).

Sechste Klausel: *Quas personas sine permissu praetoris uadari non liceat.*

Gai. IV 187:

> *Qu*as autem personas sine permissu praetoris impune in ius uocare non possumus, easdem nec uadimonio inui*t*as obligare *p*ossumus praeterqua*m* si praetor aditus p*er*mittat.

Hieran könnte sich eine andere Bestimmung geschlossen haben, worin der Prätor das uadimonium domum faciendum vorsah, für den Fall, daß der in ius uocatus ein ius domum reuocandi nachwies. Darauf gehen Ulp. 7 (5. 1) 7, Gai. 2 eod. 8. Doch können hier auch anderweite gesetzliche Vorschriften kommentiert sein, die die Juristen in ihre Erörterung hereinzogen.

Siebente Klausel: DE EO PER QUEM FACTUM ERIT, QUO MINUS QUIS *UADIMONIUM*[1] SISTAT. (D. (2. 10).

Das Edikt lautete etwa (s. Iulian. 2 h. t. 3 pr.):

> *In eum, qui* DOLO MALO FECISSE[2] *dicetur, quo minus quis uadimonium sisteret, quanti actoris interfuerit*[3] *uadimonium sisti,*[4] *i. d.*

Kommentar hierzu oder zu der entsprechend proponierten Formel enthalten: Ulp. 7 (2. 10) 1, (48. 10) 25 cf. h. t. 1 § 2; Paul. 6 h. t. 2, (50. 17) 110 § 2;[5] Gai. 2 (50. 17) 111;[6] Iulian. 2 (2. 10) 3.

Eine noxalis actio war nicht proponiert, wurde aber von der Praxis gewährt: Ulp. 7 h. t. 1 § 5. —

Die bisher betrachteten Klauseln, soweit sie überhaupt durch den Paulinischen Ediktkommentar belegt werden konnten, gehören alle noch zu Paul. 6, die unten nächstfolgende bereits zu Paul. 7. Es restieren aber noch einige wenige Stellen aus Paul. 6, für die sich eine bestimmte Beziehung im obigen nicht ergeben hat. Diese müssen hier zunächst daraufhin geprüft werden, ob sie Anlaß zur Annahme weiterer uns unbekannt gebliebener Klauseln geben.

(50. 17) 110 § 3:

> Ubi uerba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.

Offenbar bezieht sich das Fragment auf einen der zahlreichen Fälle, wo die Formelsprache Alternativen unter Weglassung der Alternativpartikel ausdrückt. Sicher verfehlt ist daher Rudorffs[7] Versuch, aus der Stelle auf ein ui doloue malo in der actio poenalis unserer siebenten Klausel zu konjizieren: daß ein „ui doloue malo" alternative Bedeutung habe, darüber dürfte Paulus wohl schwerlich ein Wort verloren haben. Die spezielle

[1] D.: in iudicio.

[2] Ulp. 7 (2. 10) 1 § 1 ff.

[3] Nicht bloß „quanti uadimonium factum erit": Iulian. 2 (2. 10) 3 pr. § 4.

[4] Beseler, Beitr. 4, 301, zieht, ich weiß nicht aus welchem Grunde, dieser Fassung die unklarere „quanti ea res fuit" vor.

[5] Cf. h. t. 2, dazu (9. 4) 3 i. f. Mißdeutet ist fr. 110 § 2 cit. von Rudorff, ZRG 4, 70 n. 3, EP § 25[2], wohl auf die Autorität des Jac. Gothofredus (opp. min. c. 1025) hin.

[6] Fr. 111 pr. cit. geht auf die Frage der doli capacitas des Pupillen mit Bezug auf das Erfordernis „dolo malo fecisse".

[7] EP § 25[2], jedenfalls nach Jac. Gothofredus ad h. l. (opp. min. c. 1026 ff.).

Beziehung läßt sich nicht nachweisen: uerba non coniuncta im Sinne der Stelle können aber sehr wohl in einer der bereits erörterten Ediktklauseln vorgekommen sein.

(50. 17) 110 § 4:

> Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur.

Ich gebe diesem Satze folgende Beziehung. Eine Frau kann sich gegenüber der Klage aus dem uadimonium desertum nicht darauf berufen, daß die im Hauptprozeß wider sie erhobene Forderung auf Interzession beruhe: sie genießt die Hilfe des SC Vellaeanum nur „cum defenditur". Daß diese Deutung nicht die einzig mögliche ist, versteht sich von selbst.[1]

(26. 8) 17:

> Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.

Rudorff[2] deutet die Stelle auf den Fall, wo ein Pupill Vadimonium leisten soll; zu dem „etiamsi non expedit" und wieder „si expedit" will das nicht recht passen. Vielleicht ist die Inskription falsch — Paul. 6 statt Paul. 16, wo der Jurist sehr wahrscheinlich von den Legisaktionen handelte und daher auch von dem Erfordernis der auctoritas zur Prozeßführung des Pupillen gehandelt haben kann. Sicheres läßt sich nicht ermitteln. —

Achte Klausel: Quibus ex causis uadimonia recuperatoribus suppositis fiant.

Gai. IV, 185:

> Fiunt . . . uadimonia . . . ex causis . . . quibusdam recuperatoribus suppositis, id est ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summa*m* uadimonii condemnetur . . .[3]

In welchen Fällen dies besonders strenge Verfahren eintrat, ist uns nicht überliefert; wahrscheinlich aber ist, daß es vorzugsweise bei Deliktsansprüchen stattfand, die ja auch selber den Hauptstock der iudicia recuperatoria bilden.[4] Darauf nun glaube ich einige Erörterungen beziehen zu können, die sich am Schlusse der Kommentare zu unserm Titel — Paul. 7, Ulp. 7 — finden.[5] Paul. 7 (48. 6) 9 definiert das Wort armatos,

[1] Eine andere, wie mir scheint, sehr viel ferner liegende Deutung in der 1. Auflage 68. Nicht haltbar, weil mit dem Wortlaut der Stelle nicht verträglich, ist m. E. Rudorffs Hypothese in ZRG 4, 64. Annehmbarer Cuiac. in Paul. ad ed. (opp. V, 98).

[2] a. a. O. 64.

[3] In Glossaren wird mehrfach uadimonia mit iudicia wiedergegeben (vgl. C. Gloss. VII, 390). Es handelt sich aber dabei, wie sich aus den zu dem Wort iudicia gemachten Zusätzen ergibt, nicht um das uad. rec. suppos., sondern lediglich um ein Mißverständnis.

[4] Höchstwahrscheinlich ist seine Anwendung im Fall der iniuria atrox. Hitzig, Iniuria 67, Fliniaux, Vadimonium 54 f.

[5] Die Art und Weise, wie Rudorff den größern Teil der oben angeführten Frag-

wobei jeder an das damnum ui hominibus armatis coactisue datum oder an das interdictum de ui armata denken wird; weiter finden wir bei Callistr. 1 (47. 9) 6 den Begriff der nauis expugnata erläutert, eine Erörterung, die sich nicht leicht unter eine andere der bei Callistr. 1 behandelten Materien wird unterbringen lassen;[1] die hierauf bezüglichen Judizien aber sind rekuperatorisch.[2] Ich betone ausdrücklich, daß ich dies lediglich als eine von verschiedenen möglichen Hypothesen, keineswegs als vollbewiesene Tatsache gebe. Aufmerksam gemacht sei namentlich auch auf die Möglichkeit, daß die angeführten Rechtssachen in bezug auf den Vadimoniumstermin privilegiert waren, und daß die Juristen l. c. dies Privileg erörterten.[3] Noch zweifelhafter ist, ob die in den früheren Auflagen herangezogenen Ausführungen bei Ulp. 7 und Paul. 7 — in (50. 16) 13 § 1–3, 14 pr. — über den Begriff „rem furto abesse",[4] die anscheinend an Ediktsworte anknüpfen, unter den gleichen Gesichtspunkt gebracht werden dürfen, wie dies in den früheren Auflagen geschehen ist.[5]

Über die Fassung der Formel im Fall des vadimonium recup. supp. sind wir nicht unterrichtet. Ausgeschlossen scheint mir hier die gewöhnliche actio certae creditae pecuniae, auch wenn man ihr nach Wlassaks Vorschlag[6] eine praescriptio voransetzt. Die praescriptio könnte m. E. nichts daran ändern, daß das oportere der intentio auf den Augenblick der, sei es auch bedingten, Litiskontestation zu beziehen wäre, wo es in unserm Fall noch gar nicht gegeben sein würde.

Schließlich erübrigen noch zwei Stellen aus Paul. 7, (50. 16) 14 § 1:

> Rem amisisse uidetur qui aduersus nullum eius persequendae actionem habet

und (4. 1) 5:

> Nemo uidetur *re*[7] exclusus quem praetor in integrum se restituturum pollicetur.

Ich halte folgende Deutung für möglich.[8] Das Vadimonium geht bekanntlich i. d. R. nicht auf den vollen Streitwert. Nun kann aber der Kläger durch Versäumung des Vadimoniums leicht um seinen ganzen Anspruch kommen, z. B. wenn der Beklagte inzwischen die Streitsache ersitzt oder die der actio gesetzte Frist abläuft.[9] Für solche Fälle mußte Vorsorge getroffen sein, und auf eine hierhergehörige Ediktklausel könnten sich die Paulinischen Stellen bezogen haben.

mente zu der Klausel Si ex noxali causa agatur in Beziehung setzt, s. ZRG 4, 67, EP § 24[4]. Wäre diese Beziehung aus innern Gründen ebenso möglich, wie sie unmöglich ist, so würde sie gleichwohl aufgegeben werden müssen, da jene Klausel nach Paul. 6 gehört.

[1] Callistr. 2 beginnt anscheinend mit dem Titel de restitutionibus. Bis zu diesem Titel also hat die Konjektur Spielraum.

[2] Vgl. S. 27.

[3] Vgl. (2. 12) 3. Überhaupt konnte das Vadimonium Anlaß geben, auf die ganze Lehre vom tempus quo res aguntur einzugehen.

[4] Vgl. zu diesem Ausdruck noch Brisson., de form. V (ed. Mogunt. 1649, p. 377).

[5] Dagegen Flinaux, le vadim. 61, Huvelin, ét. sur le furtum I, 546.

[6] SZ 33, 116.

[7] Bas.: ἐκπεπτωκέναι πράγματος.

[8] Andere minder naheliegende Hypothese in der 1. Aufl. S. 69.

[9] Vgl. (2. 10) 3 pr.

Tit. VIII

DE COGNITORIBUS ET PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS[1]

Ulp. 8–10, Paul. 8. 9, Gai. 3, Pomp. 24–26, Iulian. 3.
Unter diesen Titel rechne ich folgende Edikte:

1. Über die Fähigkeit, einen Kognitor zu bestellen.
2. Über die Fähigkeit, zum Kognitor bestellt zu werden.
3. Über den wider den Kognitor stattfindenden Zwang zur Übernahme des Iudicium.
4. De abdicando uel mutando cognitore.
5. Quibus alieno nomine agere liceat.
6. Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat.
7. Quibus municipum nomine agere liceat.
8. Über die Defensions- und Kautionspflicht des alieno nomine agens.
9. Über die actio wider die Munizipien.
10. Quod cuiuscumque uniuersitatis nomine uel contra eam agatur.
11. De negotiis gestis.

Unter diesen Edikten handeln Nr. 1–4 von den Kognitoren; das Voranstehen dieser Edikte ergibt sich, abgesehen von den unten folgenden Spezialbelegen aus den Kommentaren, schon daraus, daß in dem Edikt Nr. 6 auf die Edikte Nr. 1 und 2 verwiesen ist.[2] Es folgen unter Nr. 5–8 vier weitere Edikte über die sonstige[3] Vertretung der klagenden Partei (durch tutor, procurator, actor); den Inskriptionen nach könnte das Edikt Nr. 7 unter diesen auch an letzter Stelle stehen; es ist mir dies aber deshalb nicht wahrscheinlich, weil, wenn die Edikte über das agere nomine municipum (Nr. 7) und über die actio aduersus municipes (Nr. 9) sich unmittelbar gefolgt wären, Ulpian schwerlich jenes bereits in lib. 9, dieses erst in lib. 10 behandelt, beide vielmehr vermutlich zusammengenommen haben würde. Das Edikt Nr. 9, wodurch das Edikt Nr. 10 attrahiert ist, handelt von der defensio der Munizipien, das Edikt Nr. 10 doch auch von der defensio sonstiger uniuersitates, und ebenso scheint mindestens in klassischer Zeit bei dem Edikt Nr. 11 de negotiis gestis — arg. (3. 5) 1 — der Gedanke an das Verhältnis des defensor absentis zu dem Abwesenden als für die systematische Stellung maßgebend angesehen worden zu sein.

[1] D. (3.3) de procuratoribus et defensoribus. C. Iust. (2. 12 [13]) de procuratoribus. Paul. sent. I, 2 de cognitoribus, I, 3 de procuratoribus. Fr. Vat. rubr. de cognitoribus et procuratoribus (coll. libr. iur. III, 100). C. Theod. (2. 12) de cognitoribus et procuratoribus.

[2] Vgl. auch die Ordnung der Materien in Paul. sent. I, 2. 3 und in den Rubriken der fr. Vat. und des C. Theod.

[3] Siehe übrigens auch Eisele, Cognitur und Procuratur (1881) 77.

Ich halte es daher für gerechtfertigt, die Rubrik unseres Titels im Anschluß an die Digestenrubrik (3. 3) auch auf die defensores auszudehnen.

Ehe ich mich nunmehr zu den einzelnen bezeugten Ediktklauseln wende, scheint es mir zweckmäßig, darüber Klarheit zu schaffen, was wir als nicht oder nicht hinlänglich bezeugt bei der Ediktrekonstruktion beiseite liegen lassen müssen.

1. Zunächst gaben die Edikte über die Kognitoren den Juristen Veranlassung zu mancherlei Erörterungen, die sich nicht als Kommentar zum Ediktwortlaut qualifizieren: Erörterungen über die Form der Bestellung eines Kognitor, über verschiedene im Edikt nicht geregelte Fragen hinsichtlich der Fähigkeit der beteiligten Personen und hinsichtlich der Arten von Rechtsstreitigkeiten, in denen eine Kognitur stattfinden kann, über das Rechtsverhältnis zwischen Kognitor und Mandant, über den Umfang der Vollmacht des Kognitor usw. Hierher rechne ich z. B. Ulp. 8 Vat. 318, h. t. 8 pr. § 1, (12. 3) 7, (46. 2) 17,[1] Paul. 8 Vat. 319, h. t. 32, 42,[2] (46. 3) 86, (50. 17) 112,[3] Gai. 3 (44. 7) 39 cf. fr. 8 pr. i. f. h. t. Noch andere hierhergehörige Stellen werden unten gelegentlich zur Besprechung kommen. Ähnliche Erörterungen, ohne Anschluß an Ediktworte, finden sich ebenso auch in den Kommentaren zu den Prokuratorenedikten als Einleitung, Anhang oder gelegentliche Einschiebung: z. B. Ulp. 9 h. t. 31 § 1. 2,[4] 33 pr. § 1, Paul. 9 (46. 3) 51, Gai. 3 (17. 1) 41, Pomp. 24 cit. h. t. 1 § 1.

2. Rudorff (EP § 33) hat, entsprechend dem Edikt de abdicando uel mutando cognitore, auch ein Edikt de abdicando uel mutando procuratore aufgenommen. Ein solches Edikt hat nicht existiert, und Rudorff ist zu seinem Irrtum wohl nur dadurch veranlaßt worden, daß Ulpian, der die übrigen Kognitorenedikte lib. 8 erläutert, das Edikt de abdicando uel mutando cognitore erst lib. 9 erörtert, wo sonst nur vom procurator die Rede ist: dies hat Rudorff verleitet, den bei dem Ulpian der Digesten im Kommentar zum Translationsedikt vorkommenden „procurator" für echt zu nehmen, während er hier, wie in lib. 8 überall, für „cognitor" interpoliert ist. Den einleuchtenden Beweis dafür, daß Rudorffs Ansicht irrig ist, liefert der Umstand, daß, wenn es zwei Translationsedikte gegeben hätte, Ulpian die ausführliche Erörterung jedenfalls zu dem ersten verfaßt und bei dem zweiten sich mit einer bloßen Verweisung begnügt haben würde. Statt dessen handelt Ulpian in den zu § 28 anzuführenden Stellen aus lib. 9 offenbar zum ersten Male ex professo von der Translation und verweist in fr. 17 § 2 h. t. bei einer Gelegenheit, wo die Verweisung auf das Edikt

[1] Delegare scriptura uel nutu . . . quis potest. Der Gegensatz liegt auf der Hand.

[2] Der Anknüpfungspunkt für fr. 42 § 7 ist, daß der Gläubiger sich von seinem Schuldner nur einen cognitor in solidum gefallen zu lassen braucht.

[3] Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Die Stelle geht wohl auf die Wirkung der lis contestata (iudicio legitimo oder imperio continenti) für den Vertretenen.

[4] Fr. 29, 31 pr. h. t. sind wohl mit Keller, Litiscontestation und Urteil 326, vom cognitor zu verstehen, vgl. Palingen. Ulp. nr. 318. 319.

de cognitore abdicando uel mutando, wenn es wirklich früher erörtert gewesen wäre, geradezu unvermeidlich war, statt dessen auf ein anderes Kognitorenedikt. Fragt man nun etwa noch, warum denn ein Edikt über die Translation nur für den Fall der Bestellung eines Kognitor erlassen worden, so lautet die Antwort: weil im Gebiet der Prokuratur zur Zeit des Hadrianischen Edikts[1] ein solches Translationsedikt kein Bedürfnis war.[2] Das für und wider den bloßen procurator erlassene Urteil wirkte nicht für und wider den dominus: hatte der dominus begründete Einwendungen wider die Prozeßführung des procurator, so konnte er ohne translatio iudicii sei es sofort sei es später einen neuen Prozeß wider den Gegner beginnen, und, wenn der procurator versuchte, die Folgen des früheren Prozesses mittels der actio mandati oder negotiorum gestorum auf ihn abzuwälzen, so hatte er jetzt noch alle Zeit, jene Einwendungen vorzubringen.[3]

3. Das Edikt enthält Vorschriften über die Bedingungen der Zulassung von procuratores ad agendum. Entsprechende Bestimmungen hinsichtlich der Defensoren enthielt es nicht. Vollmacht wurde von dem Defensor nicht verlangt, und ebensowenig unterlag er denselben Fähigkeitsbeschränkungen wie der procurator ad agendum, und zwar beides mit Bedacht. Publice utile est, sagt Ulp. 9 in fr. 33 § 2 h. t., absentes a quibuscumque defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur: ubicumque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis uerba pro eo facientem et innocentiam excusantem audiri aequum est et ordinarium admittere. Und der Scholiast bemerkt hierzu ausdrücklich: *καὶ διὰ τοῦτο δύναταί τις, κἂν μὴ ἔχει μανδάτον κἂν ἄτιμός* (infamis) *ἐστι, δεφενδεύειν τὸν ἀπολιμπανόμενον*. Allerdings versteht sich von selbst, daß der Prätor gleichwohl ungeeignete Defensoren sei es von Amts wegen sei es auf Antrag des Klägers zurückweisen konnte. Dahin gehören z. B. Frauen, Soldaten, kriminell Angeklagte. Aber die Unfähigkeit der Frauen wird in fr. 2 § 5 (16. 1) lediglich als Folge ihrer Interzessionsunfähigkeit hingestellt, keineswegs auf spezielle Ediktvorschrift zurückgeführt, und Andeutung einer solchen finden wir auch in den übrigen Stellen nicht, die von der Tauglichkeit eines Defensor

[1] Späterhin wurden die Grundsätze der Kognitur, hier wie sonst, auf den beauftragten Prokurator übertragen. Ulp. 9 h. t. 27 pr. (der Wortlaut ist bei dem Übergang „sed haec ita" von den Kompilatoren jedenfalls verändert; wieweit, muß hier dahingestellt bleiben, vgl. Koschaker, Translatio iudicii (1905) 46ff., Duquesne, Transl. iud. (1910) 160f., Beseler, SZ 46, 139).

[2] Daß solche Translationen unter Umständen gleichwohl im Interesse der Beteiligten liegen konnten und dann auch zugelassen wurden, soll nicht bestritten werden. Vgl. Duquesne, a. a. O. 131f. 143f.

[3] Andere Begründung bei Duquesne, a. a. O. 143f. Die im Text gegebene würde an Gewicht sehr verlieren, wenn man mit Donatuti, studi sul proc. (arch. gur. 99) SA 7, anzunehmen hätte, daß der klägerische procurator ad litem datus — und zwar schon z. Zt. des Hadrianischen Edikts — den Anspruch in iudicium deduzierte. Eine Auseinandersetzung mit dieser schon von Huschke aufgestellten These ist hier nicht möglich. Gegen sie Eisele, Cognitur 124f.

handeln; ihre Ausdrucksweise spricht vielmehr gegen ediktale Grundlage.[1] So bliebe also nur die Frage, ob das Edikt nicht eine Klausel enthielt, in der es die Zulassung von Defensoren überhaupt aussprach. Auch diese Frage ist aber zu verneinen: alles, was das Edikt in Beziehung hierauf enthielt, war der nicht in unserm Titel, sondern unter dem de satisdando ausgesprochene Satz, daß, wer, ohne Kognitor zu sein, einen andern defendieren wolle, Sicherheit für das Judikat leisten müsse; in den Kommentaren zu unserm Titel wird diese Kautionspflicht des Defensor nur gelegentlich des Edikts Nr. 8 erwähnt.

4. Schließlich läßt sich noch die Frage anregen, ob nicht irgendwo im Edikt die bei Gai. IV, 86. 87 angeführten Stellvertreterformeln proponiert gewesen sind. Darauf habe ich nur die Antwort, daß uns Spuren dieser Formeln nirgends in den Kommentaren begegnen, und daß ihre Konzeption sehr wohl lediglich auf prätorischer, im Edikt nicht fixierter, Praxis beruht haben kann.

§ 25. *QUI NE DENT COGNITOREM*

Ulp. 8,[2] Paul. 8,[3] Gai. 3.[4]

Fr. Vat. 322 (ict. 323):

> Verba autem edicti haec sunt: „Alieno nomine item *per* alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neue dentur edictum comprehendit.

Gai. IV, 124:

> . . . si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat . . .

Der einzige Grund, aus dem man des Rechts, durch Kognitoren zu prozessieren, verlustig ging, war, soweit wir sehen können, die Infamie, vgl. I. (4. 13) 11:

> . . . exceptiones quae olim procuratoribus propter infamiam uel dantis uel ipsius procuratoris opponebantur . . .

Und zwar hat der Prätor hier nicht etwa bloß mit einigen ergänzenden Zusätzen auf das Edikt de postulando zurückverwiesen, sondern einen neuen selbständigen Infamenkatalog aufgestellt. Einen Teil dieses Katalogs enthält fr. Vat. 320:[5]

> Sequuntur haec uerba: ET QUI EAM, QUAM IN POTESTATE HABE*RET*, GENERO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESS*E* SCIRET,[6] IN MATRIMONIUM CONLOCAUERIT

[1] Vgl. z. B. C. h. t. 6, 7, 18.

[2] (3. 2) 15, 17, 19, 23, wahrscheinlich auch Vat. 320, 321.

[3] Eod. 10, 16. Vgl. auch unten S. 90 n. 7.

[4] Eod. 18.

[5] Daß diese Stelle hierher und nicht zum Edikt de postulando gehört, hat zuerst Karlowa, ZRG 9, 220ff., und zwar so gründlich gezeigt, daß ich es für überflüssig halte, auf diesen Punkt hier weiter zurückzukommen, als dies im Text geschehen.

[6] *Ins.*: intra id tempus quo elugere uirum moris est, antequam uirum elugeret. Cf. (3. 2) 1.

EAMUE SCIENS UXOREM DUXERIT,[1] ET QUI EUM, QUEM IN POTESTATE HABERET, EARUM QUAM UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT: QUAEUE UIRUM PARENTEM LIBEROSUE SUOS, UTI MORIS EST, NON ELUXERIT:[2] QUAEUE CUM IN PARENTIS SUI POTESTATE NON ESSET, UIRO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE UIRUM MORIS EST, NUPSERIT.[3]

Das hier angeführte Fragment zählt unter den Infamen auch Frauen auf,[4] und eben darin liegt der unwiderleglichste Beweis dafür, daß es hierhergehört: denn zur Postulation wie auch — das wird sich unten zeigen — zur Übernahme der Kognitur waren Frauen, ohne Rücksicht auf Infamie, lediglich um ihres Geschlechtes willen unfähig; unsere Rubrik ist also die einzige, unter die das Fragment paßt. Aus den Kommentaren beziehen sich Ulp. 8 (3. 2) 23,[5] Paul. 8 eod. 10 ohne allen Zweifel gerade auf unser Bruchstück.

Die Kommentare ergeben aber ferner auch noch zwei weitere hierhergehörige Infamiefälle, Ulp. 8 (3. 2) 15:

> Notatur quae per calumniam uentris nomine in possessionem missa est . . .

Ulp. 8 eod. 17:

> . . . sed ea notatur, quae, cum suae potestatis esset, hoc facit.

Hierzu noch Paul. 8 eod. 16, Gai. 3 eod. 18. Sodann Ulp. 8 eod. 19:

> . . . qui calumniae causa passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem uentris nomine mitti.

Im übrigen dürften sehr wahrscheinlich die sämtlichen sonstigen Infamen des Edikts de postulando hier wieder vorgekommen sein. Ich sehe den Zweck unseres Edikts darin, dem Infamen durch Versagung der Vertretungsmöglichkeit das Prozessieren zu erschweren.[6] Von diesem Gesichtspunkt aus besteht aber offenbar keine Veranlassung, hier wesentliche Änderungen des früher gegebenen Verzeichnisses zu vermuten.

Fraglich möchte schließlich noch scheinen, ob nicht der Ausschluß der Stellvertretung, auch insofern er aus in der Sache liegenden Gründen stattfindet, in unserm Edikt Ausdruck gefunden hat. In der Tat mag, was die Kommentare in dieser Richtung bezüglich der Popularklagen enthalten,[7] vielleicht an unser Edikt angeknüpft worden sein. Da aber die

[1] *Ins.:* non iussu eius, in cuius potestate esset. Cf. (3. 2) 1.

[2] Vat. 321.

[3] Gordian. C. 15 (2. 11 [12]) 15.

[4] Freilich geleugnet von Wenck (praef. ad Hauboldi opuscula I, p. XXXII ff.) und Rudorff (ZRG 4, 53 f.). S. dagegen Karlowa, a. a. O. 227 ff.

[5] Im Sinne Ulpians will dies Fragment betonen, daß die Trauerpflicht allein den Frauen obliege: arg. Vat. 321, (3. 2) 25.

[6] Anders die 1. Aufl., im Anschluß an Savigny, System II, 218 ff. Gegen diesen treffend Debray, représentation en justice (1892) 112. Noch andere m. E. nicht haltbare Auffassungen widerlegt Karlowa, a. a. O. 222 f., dessen eigener Ansicht (die Beschränkung sei hervorgegangen aus der allgemeinen „Idee minderer prozessualischer Rechtsfähigkeit") ich ebensowenig zu folgen vermag, wie der von Debray a. a. O. entwickelten.

[7] Paul. 8 (47. 23) 1, 5, h. t. 42 pr. Vgl. Vat. 340.

Unzulässigkeit der Stellvertretung bei Popularklagen sich aus deren Natur fast mit Notwendigkeit ergibt, sich also leicht in Praxis und Wissenschaft festgestellt haben kann, auch nirgends auf das Edikt zurückgeführt wird,[1] so glaube ich, daß entschieden mehr für die Verneinung der Frage spricht.

§ 26. *QUI NE DENTUR COGNITORES*

Ulp. 8,[2] Gai. 3.[3]

Fr. Vat. 322 (ict. 323):

> Uerba autem edicti haec sunt: Alieno nomine item *per* alios agendi potestatem non faciam in his causis in quibus ne dent cognitorem neue dentur edictum comprehendit.[4]

Das Edikt machte unter den Gründen der Unfähigkeit zur Kogniturübernahme einen Unterschied: gewisse Personenklassen können selbst mit Willen des Prozeßgegners keine Kognitur übernehmen, andere nur dann nicht, wenn der Gegner sie zurückweist.

Zur ersten Kategorie gehören vor allem die milites,[5] denen die Kognitur ja nicht im privaten Interesse der Gegenpartei, sondern aus dringenden Gründen der publica utilitas verschlossen ist.

Ulp. 8 h. t. 8 § 2:

> Milites autem, nec si uelit aduersarius, *cognitores* [D.: procuratores] dari possunt . . ., excepto eo qui in rem suam *cognitor* [D.: procurator] datus est uel qui communem causam omnis sui numeri persequatur uel suscipit . . .

dazu Thalel. bei c. 7 h. t. in Basil. VIII, 2, 81 (nach Heimbach):

> . . . in aliis personis (*ἐν μὲν ἄλλοις τισὶ προσώποις*) prohibitis praetor addidit eos non inuito aduersario fieri procuratores: sed in milite insuper adiecit eum nec uolente aut permittente aduersario ad alienam litem accedere.

War die Eigenschaft des Vertreters als miles unstreitig, so wurde er schon in iure zurrückgewiesen; war sie streitig, so überwies der Prätor die Kognition darüber dem Geschworenen dadurch, daß er die Formel nur mit einer entsprechenden exceptio genehmigte, ohne einen Antrag des Beklagten abzuwarten. Die letztere Annahme widerspricht zwar der früheren und in der ersten Aufl. auch von mir noch festgehaltenen (erst im éd. perp. verlassenen) Meinung, wonach Exzeptionen immer nur auf Antrag des Beklagten gewährt worden wären. Diese Meinung hat aber keinerlei Stütze in den Quellen,[6] und unsere exceptio ist ausdrücklich bezeugt durch

[1] Auffallend ist nur, daß in dem Vat. 322 zitierten Edikt die Rede ist von causis, in quibus, ne dent cognitorem neue dentur, edictum comprehendit. Vgl. jedoch die Erläuterung hierzu in Vat. 323.

[2] h. t. 8 § 2.

[3] (3. 1) 7.

[4] Vgl. Quint. I. O. III, 6 § 71: Non licet tibi agere mecum: cognitor enim fieri non potuisti . . . iudicatio est an potuerit.

[5] C. h. t. 13: „ratio perpetui edicti".

[6] S. jetzt auch Hölder, Arch. f. civ. Pr. 93, 57 f.

§ 11 I. (4. 13), wo Justinian als Fälle von exceptiones procuratoriae anführt, „ueluti si per militem uel mulierem agere quis uelit", ein Zeugnis, das durch die Byzantiner bestätigt wird.[1] Dazu stimmt auch, daß die praescriptio militiae gleich den andern exceptiones dilatoriae[2] nach der Litiskontestation nicht mehr nachgeholt werden kann.[3] Gewiß wäre es für den Kläger schonender gewesen, wenn der Prätor in allen Streitfällen selbst über die Fähigkeit des Vertreters kognosziert und bei erwiesener Unfähigkeit die actio verweigert hätte; denn durch Zulassung der Litiskontestation wurde der Kläger der Gefahr ausgesetzt, wegen der exceptio den Prozeß und vermöge der prozessualen Konsumtion seinen Anspruch selbst zu verlieren.[4] Aber diese Erwägung, wenn sie überhaupt für den Prätor maßgebend gewesen wäre, hätte offenbar ebenso auch in den Fällen Platz greifen müssen, wo die Berücksichtigung der Unfähigkeit vom Willen des Beklagten abhing; von ihr aus hätte es überhaupt niemals zu einer exceptio cognitoria oder procuratoria mangels Fähigkeit kommen können.

Justinian führt in § 11 I. cit. als zweites Beispiel einer exceptio procuratoria mangels Fähigkeit des Vertreters den Fall an, si per mulierem agere quis uelit. In der Tat waren zweifellos auch die Frauen unfähig zur Kognitur,[5] außer in rem suam, vgl. Paul. sent. I 2 § 2, C. h. t. 4, 18. Auch hier kam es nicht auf den Willen des Gegners an. Denn da die Ursache der Unfähigkeit der Frauen, ebensowenig wie die der milites, im Interesse des Gegners gesucht werden darf, vielmehr in den römischen Begriffen von Wohlanständigkeit liegt, in derselben Rücksicht also, der auch das Postulationsverbot für Frauen entsprungen ist, so mußte auch die Fernhaltung der Frauen Aufgabe des officium praetoris sein. Zur Einrückung einer exceptio wird es wegen dieses Falles der Unfähigkeit freilich nur selten gekommen sein, da ja über das Geschlecht des Kognitors kaum je ein Streit möglich war. Daß aber dennoch auch hier eine exceptio vorkommen konnte, wird gegenüber § 11 I. cit. nicht bezweifelt werden dürfen.[6]

Ein dritter Unfähigkeitsgrund ist die Infamie.[7] Auch sie gehört jedenfalls hinsichtlich der Mehrzahl ihrer Fälle in dieselbe Kategorie wie die der milites und der Frauen. Soweit ein Infamer zugleich postulationsunfähig war, war gegenüber seinem Versuch als Kognitor aufzutreten, ganz

[1] Cf. Theophil. ad h. l., Theodor. und Thalel. zu c. 13 h. t. (Basil. ed. Heimb. I, 408 f.). Daß mit der *παραγραφή* in diesen Stellen eine eigentliche exceptio gemeint ist, ist nicht zu bezweifeln.

[2] Gai. IV, 125, C. (7. 50) 2.

[3] C. h. t. 13 und die in n. 1 zit. Scholien. In fr. 8 § 2 h. t. sind die Worte „nisi hoc tempore l. c. praetermissum est" interpoliert, enthalten aber keine Neuerung.

[4] Vgl. schol. zu Bas. VIII, 2, 78: *οὐδαμῶς δὲ οἶδα τοῦτο τὸ νόμιμον ἀναγνούς, ὅτι ὁ ἀχρήστως δοθεὶς προκουράτωρ οὐ δαπανᾷ τὴν δίκην, οὐδὲ καταφέρει. αὐτὴν κτλ.*

[5] Daß diese Unfähigkeit auf Edikt beruhte, ist uns zwar nirgends überliefert, aber an sich wahrscheinlich.

[6] Man denke etwa an den Fall, wo Streit darüber bestand, ob die Frau zum cognitor in rem suam oder in rem alienam bestellt war („si Titiae mandatum est, ut in rem suam ageret" oder ähnlich).

[7] Vat. 324, I. (4. 13) 11.

wie bei den Frauen, die Offizialtätigkeit des Prätors geboten[1] und konnte auf das Belieben des Gegners nichts ankommen, vgl. Paul. sent. I, 2 § 1:

> Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse, etiam uolentibus aduersariis.

Und eben dies bestätigt auch Gai. 3 (3. 1) 7, eine Stelle, die der Inskription nach jedenfalls der Erörterung unserer Frage angehörte:

> Quos prohibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiamsi aduersarius eos patiatur postulare.

Vom Willen des Gegners kann hiernach die Berücksichtigung nur der Fälle von Infamie abhängig gewesen sein, die Unfähigkeit zum postulare pro alio nicht nach sich zogen, der speziellen Infamiefälle unseres Edikts, deren es ohne Zweifel eine ziemliche Anzahl gewesen sein wird; namentlich dürfte die Verurteilung wegen Calumnia in Zivilsachen und die Verurteilung in jedem iudicium publicum[2] hier nicht gefehlt haben. In diesen immerhin leichteren Fällen mag man es dem Gegner überlassen haben, die Unfähigkeit zu rügen, und auf diese Fälle müßte man, wenn der früheren Auffassung der Exzeptionen beizutreten wäre, die exceptio cognitoria und procuratoria mangels Fähigkeit (§ 11 I. cit.) beschränken.

Sind mit obigen drei Kategorien — Soldatenstand, weibliches Geschlecht, Infamie — die ediktalen Unfähigkeitsgründe erschöpft? Eine ganz zuverlässige Antwort läßt sich hierauf nicht geben. Wenn die Unfähigkeit zur Kognitur in rem alienam fast eine notwendige Konsequenz der Unfähigkeit zum postulare pro alio ist, so ist es durchaus wahrscheinlich, daß jene Unfähigkeit alle derart Postulationsunfähige, nicht bloß Frauen und Infame, betraf. Dadurch wären insbesondere auch Taube und Stumme ausgeschlossen gewesen; dafür, daß deren Unfähigkeit nicht auf dem Edikt, sondern auf Praxis beruht habe, darf man sich nicht, wie ich es in den früheren Auflagen tat, auf das forsitan in h. t. 43 pr. berufen; denn der fragliche Passus ist zweifellos interpoliert.

§ 27. *DE COGNITORE AD LITEM SUSCIPIENDAM DATO*

Ulp. 8,[3] Paul. 8,[4] Gai. 3.[5]

Ulp. 8 h. t. 8 § 3:

[1] Und zwar scheint es nach Paul. sent. I, 2 § 3, daß hier auch für die Kognitur in rem suam keine Ausnahme gemacht war: in rem suam cognitor procuratorue ille fieri potest, qui pro omnibus postulat. Das kann sich nur auf die Infamen beziehen: auf die Frage nämlich, ob ein Infamer, der für gewisse Personen postulieren darf, von andern als diesen zum cognitor in rem suam bestellt werden könne. Von andern als diesen: darüber, daß er diese Personen selber als cognitor zu vertreten befugt war, dürfte schwerlich ein Zweifel bestanden haben. Vgl. Karlowa, a. a. O. 221 n. 28.

[2] Arg. (3. 2) 15, 19, (48. 1) 7. Zweifelnd hinsichtlich dieser beiden Fälle Wirbel, Cognitor (1911) 67[5].

[3] h. t. 8 § 3, 10, 13, 15.

[4] h. t. 11, 14. Hierher auch eod. 36: die hier erwähnte „defensio" entbindet den Cognitor von der in fr. 8 § 3 geordneten Pflicht.

[5] h. t. 9 und wohl auch 12.

COGNITOREM[1] AD LITEM SUSCIPIENDAM[2] DATUM, PRO QUO CONSENTIENTE[3] DOMINUS IUDICATUM SOLUI EXPOSUIT, praetor ait, IUDICIUM ACCIPERE COGAM.

Vgl. fr. Vat. 340[3], wo, trotz der leider nur sehr fragmentarischen Überlieferung des Textes, doch die Beziehung auf unser Edikt sicher ist.

§ 28. *DE COGNITORE ABDICANDO UEL MUTANDO*[4]

Ulp. 9,[5] Paul. 8,[6] Gai. 3.[7]

Fr. Vat. 341:[8]

> . . . *deinde propositum est edict*um de pluribus speciebus, *quo de iudicio ab alio ad alium transferendo ca*uetur: quod edicto praetor prospicien*dum esse putavit, ut domino praestaret fa*cultatem uel a cognitore *in se ipsum uel ab alio ad alium cognitorem i*udicium transferendi . *ipso enim iure, cum per litis contestationem lis* cognitoris sit effecta *iudiciumque semel constitutum dominus dum*taxat[9] possit transferre, non *nisi ipsi cognitori translatio conceditur*[10] . *uerba autem* edicti talia sunt: EI QUI COGNI*TOREM DEDERIT, CAUSA COGNITA PERMITTAM EUM ABDICARE AUT MUTA*RE. His verbis non solum *ipsi qui dedit hoc permittitur, sed etiam heredi eius. Abdi*care autem cognitorem . . .

Ulp. 9 h. t. 17 pr.:

> Post litem . . . contestatam reus qui *cognitorem* (D.: procuratorem) dedit, mutare quidem eum uel in se litem transferre a uiuo *cognitore* (D.: procuratore) uel in ciuitate manente potest, causa tamen prius cognita.

Die Stelle ist infolge der Anknüpfung an die in den D. vorhergehende des Paulus ungeschickt verändert. Ulpian hatte ohne Zweifel gesagt, daß bei Tod des Kognitors[11] oder, wenn er das Bürgerrecht verliere, der dominus ohne weiteres Translation begehren könne,[12] sonst nur causa cognita. Man wird wohl nicht fehlgehen mit der Annahme, daß auch diese beiden Trans-

[1] D.: procuratorem. Zweifellose und längst erkannte Interpolation: nur für den Kognitor, nicht für den Prokurator, leistet der dominus die cautio iudicatum solui. Gai. IV, 101, Vat. 317.

[2] Hierher Ulp. 8 h. t. 15 § 1 (wo das duplici cautela interponenda, am Schluß, interpoliert ist).

[3] Ulp. 8 h. t. 15 pr.

[4] Die Rubrik ist selbstverständlich problematisch. Anders faßt sie Wirbel, Cognitor 77[1].

[5] h. t. 17, 19, 23, 25, 27, 29, 31 pr. Zu fr. 27 vgl. S. 88 n. 1.

[6] h. t. 16, 20, 22, 24, 26.

[7] h. t. 21, 46 pr. In fr. 46 haben die Kompilatoren eine Anzahl Fragmente aus Gai. 3 bunt zusammengestellt: das pr. gehört zu den Kognitorenedikten, das Folgende zu den Prokuratorenedikten.

[8] Abweichend rekonstruieren Huschke in der iurisprud. anteiust., Mommsen in der coll. libr. iur. anteiust. und Rudorff, EP § 29. Der Sinn des Edikts bleibt aber überall der gleiche.

[9] Im MS vermute ich DT.

[10] Arg. (17.1) 8 § 3, (49.1) 4 i. f., C. h. t. 8, 11, 22. Die Stellen beziehen sich freilich auf den procurator.

[11] Arg. (27.7) 8 § 1, C. (5.53) 4. Über die spätere Entwicklung vgl. C. Th. (2.12) 7.

[12] Koschaker, Translatio iud. 105 (von Duquesne, Translatio 126[1] doch wohl mißverstanden), Lenel, SZ 39, 131.

lationsfälle in einer Ediktsklausel vorgesehen waren, und auf diese Mehrheit von Klauseln beziehe ich das „de pluribus speciebus" im Anfang von Vat. 341.

§ 29. *QUIBUS ALIENO NOMINE AGERE LICEAT*

Ulp. 9,[1] Paul. 9,[2] Gai. 3.[3]

An die Spitze der von den Prokuratoren handelnden Edikte glaube ich dasjenige Edikt stellen zu sollen, worin der Prätor aussprach, welche Personen — abgesehen von den Kognitoren — er zur Vertretung des Klägers zulassen wollte.[4] Bei Rudorff und den Ältern findet sich ein solches Edikt nicht; dagegen setzt R.[5] an zweite Stelle eine Klausel, wodurch gewissen nahen Angehörigen das Recht zur Klagerhebung in fremdem Namen ohne Vorlage einer Vollmacht gestattet wird. Daß nun in der Tat für nahe Angehörige ohne Auftrag geklagt werden durfte, und zwar kraft Ediktbestimmung, ist zweifellos.

Ulp. 9 h. t. 35 pr.

> Sed et hae personae [procuratorum] debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate, item parentes et fratres et adfines et liberti.

Ulp. 77 (46. 7) 3 § 3:

> Sed et si forte ex liberis uel parentibus aliquis interueniat uel uir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur . . .

und gleich darauf mit Bezug auf diese Personen:

> quod enim eis agere permittitur edicto praetoris . . .

Vgl. auch Ulp. 9 h. t. 40 § 4 (stark itp.), C. h. t. 12.

Insoweit ist also Rudorffs Vermutung gewiß richtig. Es scheint mir aber, daß er sich den Inhalt des Edikts viel zu enge gedacht hat.

Wir wissen zunächst, daß der Prätor[6] dem Tutor ausdrücklich die facultas agendi pro pupillo zuerkannt hatte, fr. 3 § 5 (46. 7):

> edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur, cui a parente maioreue parte tutorum[7] eoue[8] cuius ea iurisdictio fuit, tutela permissa erit.

Vgl. hierzu: Ulp. 9 (26. 7) 4, (3. 1) 5, vielleicht auch (26. 7) 2, Paul. 9 eod. 24, Gai. 3 (27. 10) 13.[9]

[1] h. t. 1, 3, (26. 7) 2, 4, (3. 1) 5.

[2] (26. 7) 24.

[3] h. t. 46 § 7, 48, (27. 10) 13, (50. 17) 113. Fr. 48 cit. widerspricht fr. 46 cit.: erstere Stelle enthält nicht eigene Meinung des Gaius, sondern Referat über Julians Ansicht. Seine eigene Meinung begründete Gaius durch fr. 113 (50. 17) (in toto et pars continetur).

[4] Anders in der 1. Aufl., wo ich dem Edikt die negativ gefaßte Rubrik „ut alieno nomine sine mandatu agere non liceat" gab und dementsprechend auch seinen Inhalt bestimmte.

[5] Vgl. ZRG 4, 74, EP § 31.

[6] Nach Peters, SZ 32, 222 nur der praetor peregrinus. Schwerlich richtig.

[7] Vgl. oben S. 78 n. 19.

[8] *D.:* eorumue.

[9] Zu fr. 13 cit. vgl. (3. 1) 3 pr.: „aut ab eo cuius de ea re iurisdictio fuit ea tutela curatioue data erit".

Weiter aber können wir nicht umhin anzunehmen, daß der Prätor ausdrücklich auch den „procurator" zur prozessualen Stellvertretung des Klägers zugelassen hatte, und zwar unter Gebrauch gerade des Worts „procurator", ohne den Begriff zu definieren, insbesondere ohne ein Mandat zu fordern. Denn nur unter dieser Voraussetzung erklären sich die Kontroversen, die über den Begriff des vertretungsberechtigten Prokurators unter den römischen Juristen bestanden.[1] Auf diese Klausel bezogen sich ohne Zweifel die Erörterungen bei Ulp. 9 h. t. 1, 3 und Gai. 3 h. t. 46 § 7, 48.[2] Da die Normalfassung der exceptio procuratoria (mangels Vertretungsmacht) der unseres Edikts entsprochen haben muß, so kann diese nicht, wie man ohne entscheidenden Grund angenommen hat, gelautet haben: „si mandatum est", lautete vielmehr wahrscheinlich einfach: „si procurator est".[3] Daß uns von den Kommentaren zu der Klausel nicht viel erhalten ist, begreift sich leicht; unterstand doch zur Zeit Justinians die Legitimation des Klageprokurators ganz andern Grundsätzen, da durch C. Theod. h. t. 3 = consult. uet. iurisc. 3, 13 = C. Iust. h. t. 24 (a. 382) diese Legitimation zu einer in principio quaestionis zu prüfenden Prozeßvoraussetzung geworden war.[4]

Die Liste der nahen Angehörigen, die man vertreten konnte, auch ohne ihr Prokurator zu sein, stimmte wohl mit der im Edikt de postulando enthaltenen — (3. 1) 1 § 11, 3 pr. — genau überein. Über die Fassung der darauf bezüglichen Klausel sind wir nicht unterrichtet.[5] Keinesfalls hat sie ausdrücklich gesagt, daß hier kein Mandat gefordert werde; denn da der Prätor, wie wir sahen, den Prokurator nicht als Mandatar definierte, so daß nach Gai. IV, 84 manche Juristen auch unbeauftragte Geschäftsführer als Prokuratoren gelten ließen, so kann er auch nicht ausdrücklich erklärt haben, daß man zur Vertretung der nahen Angehörigen eines Mandats nicht bedürfe. Die Juristen freilich, die vom Prokurator ein Mandat verlangten, hatten Anlaß, hier gegensätzlich die Überflüssigkeit des Mandats hervorzuheben.[6]

§ 30. *QUIBUS ALIENO NOMINE, ITEM PER ALIOS AGERE NON LICEAT*

Ulp. 9,[7] Paul. 9.[8]

[1] Vgl. Gai IV, 84, Ulp. 9 h. t. 1 § 1. Es war dies in der Ediktrestitution der 1. Aufl. nicht berücksichtigt, die daher von Naber, obs. 3 (Mnemos. 17, 388 ff.), mit Grund beanstandet worden ist.

[2] Wieweit diese Stellen interpoliert sind, kann hier dahingestellt bleiben. Gegen Albertario, proc. unins rei (studi nelle sc. giur. Pav. VI, 1921) s. Solazzi, I. L. 56, 142 f. Vgl. noch Beseler, SZ 46, 142.

[3] Die abweichende Fassung in fr. 48 h. t. erklärt sich aus der besondern Natur des Falls. Vgl. unten § 271.

[4] Bülow, Prozeßeinreden und Prozeßvorauss. 75, und namentlich: Eisele, Cognitur und Procuratur 218 ff.

[5] Gegen die Restitution Nabers a. a. O. habe ich in mehrfacher Richtung Bedenken.

[6] Beseler, SZ 46, 142, will in den S. 95 angef. Stellen, die den nahen Angehörigen das Mandat erlassen, dem die Erlassung der satisdatio ratam rem haberi substituieren. Das scheint mir gewagt; denn diese Kaution war zum Schutze des Gegners ganz unentbehrlich. S. auch C. (2. 12) 21 pr.

[7] h. t. 33 § 2.

[8] h. t. 41, 43 pr. § 1.

Fr. Vat. 322:[1]

Verba autem edicti haec sunt: ALIENO, inquit, NOMINE ITEM *PER* ALIOS AGENDI POTESTATEM NON FACIAM IN HIS CAUSIS, IN QUIBUS NE DENT COGNITOREM NEUE DENTUR EDICTUM COMPREHENDIT.

Fr. Vat. 323:

Quod ait „alieno nomine, item per alios" breviter repetit duo edicta cognitori*a* . . .

Vgl. auch Gai. IV, 182.

Kommentar über dies Edikt enthält Paul. 9 h. t. 41, 43 pr. § 1.[2] Vielleicht durch dies Edikt veranlaßt, aber nicht Kommentar dazu ist die Erörterung bei Ulp. 9 fr. 33 § 2.[3]

Rudorff (EP § 30) nimmt nach seinen Zitaten an, daß im Edikt das Recht erwachsener Frauen, sich ohne Beitritt des Tutors einen Prokurator zu ernennen (Vat. 325–327), ausdrücklich ausgesprochen gewesen sei. Dieses Recht wird aber nirgends auf das Edikt zurückgeführt, und es ist weit wahrscheinlicher, daß der Prätor diese Frage, wie die nach dem Umfang der selbständigen Handlungsfähigkeit der Frauen überhaupt, der Wissenschaft überließ; dafür spricht auch das „procuratorem . . . posse facere nulli dubium est" in Vat. 326 i. f.

§ 31. *QUIBUS MUNICIPUM NOMINE AGERE LICEAT*

Ulp. 9,[4] Paul. 9.[5]

Ulp. 10 (3. 4) 7:

Sicut municipum[6] nomine actionem praetor dedit, ita *rel.*

Ulp. 9 eod. 3:

Nulli permittitur nomine ciuitatis uel curiae (*municipum?*) experiri nisi ei, cui lex permittit[7] aut lege cessante ordo dedit,[8] cum duae partes adessent aut amplius quam duae.[9]

Existenz und Inhalt des Edikts über die Legitimation zur Klage municipum nomine sind nach obigem unzweifelhaft;[10] zweifelhaft ist dagegen sein Platz im Album. Jedenfalls stand es vor den Edikten, die bei Ulp. 10 erörtert

[1] Die Inskription dieser Stelle ist zweifelhaft. Vgl. Paling. II, 451 n. 3.

[2] Zu letzterer Stelle vgl. Wlassak, z. Gesch. d. Cogn. 47.

[3] Ebenso Ulp. 9 h. t. 33 pr. § 1, (26. 5) 17, wenn diese Stellen nicht in eine allgemeine Erörterung über die Prokuratur gehören; daß sie keinen Kommentar enthalten, ergeben die Wendungen: aiunt, uerum est, Pomponius scribit, non dubitamus.

[4] (3. 4) 3, 5, (41. 1) 41. Zur Inskription von fr. 5 cit. vgl. den Text.

[5] (3. 4) 4, 6 pr.–§ 2, (50. 16) 18.

[6] Paul. 9 (50. 16) 18.

[7] Mit Unrecht von Beseler, Beitr. II, 91 beanstandet.

[8] Prob. Einsidl. 23: D. D. = decreto decurionum?

[9] Paul. 9 (3. 4) 4, 6 pr.–§ 2. Cf. l. Malacit. c. 68.

[10] Ramadier, ét. Girard I, 264, meint aus fr. 7 pr. cit. schließen zu können, daß das Edikt den municipes, die ein Recht verfolgen wollten, ausdrücklich eine actio verheißen habe. Er übersieht, daß nach fr. 7 pr. eine actio nicht municipibus, sondern *municipum nomine* verheißen war.

sind, da bei Ulp. 10 in fr. 7 pr. cit. bereits darauf zurückverwiesen wird, in diesem Buche selbst aber nur mehr von der Klage aduersus municipes die Rede ist (s. § 33). Ob es dagegen bei Ulp. 8 oder 9 behandelt war, darüber kann man zweifeln, da wir außer den oben zitierten Stellen aus Ulp. 9 auch noch zwei Fragmente mit der Inskription Ulp. 8 besitzen, die es mit der Vertretung der Munizipien zur Klage zu tun haben, fr. 2 und 5 (3. 4). Für meine Entscheidung war mir maßgebend vor allem die Parallele des Paulinischen Kommentars, wo unser Edikt sicher erst in den lib. 9 fällt, sodann der Umstand, daß wir den eigentlichen Inhalt unseres Edikts erst aus Ulp. 9 erfahren, endlich, daß sich bei Ulp. 9 (41. 1) 41 eine Spezialfrage erörtert findet, die wir uns nur an den Ort hin denken können, wo unser Edikt ex professo behandelt war, die Frage nämlich über die Geltendmachung der Rechte der ciues an statuae in ciuitate positae. Von den Fragmenten mit der Inskription Ulp. 8 kann fr. 2 cit. sehr wohl gelegentlich der Erörterung über den cognitor a pluribus datus geschrieben sein:[1]

> Si municipes [uel aliqua uniuersitas] ad agendum dent actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica [uel uniuersitate] interuenit, non pro singulis.

Was aber fr. 5 cit. anlangt, so sind Zweifel erlaubt, ob die Inskription hier richtig überliefert und nicht statt Ulp. VIII zu lesen ist: Ulp. VIIII. Ungewiß bleibt, ob unser Edikt vor oder hinter das im vorigen Paragraphen erörterte gehört.

§ 32. *DE DEFENDENDO EO, CUIUS NOMINE QUIS AGET, ET DE SATISDANDO*[2]

Ulp. 9,[3] Paul. 9,[4] Gai. 3,[5] Pomp. 24,[6] 25,[7] Iulian. 3.[8]

Ulp. 9 h. t. 33 § 3:

> Ait praetor: CUIUS NOMINE QUIS[9] ACTIONEM DARI SIBI POSTULABIT,[10] IS EUM UIRI BONI ARBITRATU DEFENDAT:[11] ET EI *QUOCUM AGET* QUO NOMINE AGET ID RATUM HABERE EUM, AD QUEM EA RES PERTINET, BONI UIRI ARBITRATU SATISDET.[12]

[1] Vgl. z. B. (3. 3) 42 § 6.

[2] Diese Klausel bildet den Abschluß der von der Vertretung des Klägers handelnden Edikte und gehört daher hinter, nicht vor das Edikt des § 31. Dies gegen Ramadier a. a. O. 262 f.

[3] (3. 3) 33 § 3-ult., 35, 37, 39, 40, (5. 1) 9, cf. h. t. 35 § 2; (26. 7) 23, (46. 8) 9. Nicht zu ermitteln ist der Zusammenhang von h. t. 35 § 1.

[4] h. t. 43 § 2-ult., 45. Fr. 45 § 1 scheint verstümmelt.

[5] h. t. 34, 46 § 1-3.

[6] cit. h. t. 39 § 1.

[7] cit. h. t. 39 § 6. 7.

[8] cit. h. t. 35 § 3; eod. 75; cit. (44. 2) 3.

[9] Bethmann-Hollweg, CP II, 421, und Rudorff, EP § 32, schieben hinter quis die Worte praeter cognitorem ein. Dem Sinne nach richtig, der Form nach jedenfalls steif: überdies aber überflüssig, da der Kognitor hier längst abgetan war, eine Verwechselung daher nicht zu besorgen stand. S. auch Eisele, Cognitur und Proc. 95 n. 63, Brinz, SZ 4, 174.

[10] Ulp. 9 h. t. 33 § 4. 5, 35 pr. § 2, Gai. 3 eod. 34, 46 § 1, Paul. 9 eod. 43 § 2. 3.

[11] Ulp. 9 h. t. 35 § 3, 37, 39 pr., Paul. 9 h. t. 43 § 4. 6, 45 pr. Über fr. 43 § 6 s. Eisele, a. a. O. 101, Wlassak, SZ 25, 132 n. 2.

[12] Ulp. 9 h. t. 39 § 1-7, 40 § 1-ult., Paul. 9 eod. 45 § 2.

Vgl. Gai. IV, 98, Paul. sent. I, 3 § 3. 5. 7, Vat. 335. 336². 337, C. (2. 12) 5, Thal. sch. in Bas. VIII, 2, 77 (Heimb. I, 401).

Unter das „cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit" fielen nach den Worten des Edikts auch die in Vertretung ihrer Mündel klagend auftretenden Tutoren und Kuratoren, Gai. IV, 99:

> Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisdare de*b*ere uerba edicti faciunt.

Die spätere Praxis aber entband sie von der Kautionspflicht: in diesen Zusammenhang gehören Ulp. 9 (26. 7) 23, (46. 8) 9. Auch (26. 7) 2 kann hierher bezogen werden; das freilich stark itp. pr. würde dann die Begründung dieser Praxis enthalten: sie läge in den nach Erlassung des Edikts veränderten Grundsätzen über die actio iudicati.

§ 33. *QUOD ADUERSUS MUNICIPES AGATUR*

Ulp. 10,[1] Gai. 3[2]

Ulp. 10 (3. 4) 7 pr.:

> Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et aduersus eos [iustissime] edicendum putauit . . .

Von Ansprüchen wider die municipes handelt mit Bezug auf dies Edikt, außer im Fortgang des fr. 7 pr. cit., Ulp. 10 noch in (12. 1) 27, (15. 4) 4, (43. 16) 4, zum deutlichen Beweis, daß das Edikt über die actio aduersus municipes durchaus getrennt war von dem früher betrachteten über die actio nomine municipum.

Auch über den Inhalt unseres Edikts sind wir hinlänglich unterrichtet. Ulp. 10 in (50. 16) 15, 17 pr. erörtert nämlich den Begriff „bona publica", und obwohl Ulpian in fr. 15 cit. die Bezeichnung der Gemeindegüter als bona publica abusiv nennt, da diese Bezeichnung nur dem Vermögen des populus Romanus zukomme, so erhellt gleichwohl aus fr. 17 pr., daß es gerade die publica ciuitatum bona waren, deren Erwähnung seine Erörterung veranlaßte. Nun wissen wir aus Gai. 3 (3. 4) 1 § 2, was in dem nächstfolgenden wider gewöhnliche Körperschaften gerichteten Edikt (s. § 34) stand:

> Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et [si admoniti non excitentur ad sui defensionem] uenire se iussurum proconsul ait.

Daß der gleiche Grundsatz auch für die Gemeinden galt, ist kaum wahrscheinlich, da öffentliche Interessen dem entgegenstanden.[3] Andrerseits aber versteht sich von selbst und wird durch fr. 8 eod.[4] bestätigt, daß die

[1] (3. 4) 7 pr., (12. 1) 27, (15. 4) 4, (43. 16) 4, (50 16) 15, 17 pr.
[2] (50. 16) 16.
[3] Anders die 1. Aufl. Gegen die dort verteidigte Meinung Naber obs. 46, Mnemos. 22, 66f.
[4] Ciuitates si per eos, qui res earum administrant, non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum ciuitatis agentibus satisfieri oportet.

Gemeindegläubiger in irgendeiner Form Befriedigung aus dem Gemeindegut erzwingen konnten. Offenbar gehört die Erörterung über den Begriff der „bona publica" in diesen Zusammenhang.

Zur Defension der ciuitates war nicht jedermann, sondern waren nur ihre gesetzmäßigen Vertreter befugt.[1] Sehr natürlich: wenn für einen Privatmann jeder beliebige Defensor zugelassen wurde, so war dafür die utilitas absentium maßgebend;[2] sollte der Prätor die Gläubiger einer Gemeinde, deren amtliche Vertreter die Defension ablehnten oder gegen ihre Pflicht abwesend waren, zwingen, sich mit irgendeinem Privaten als Defensor einzulassen? Vielleicht enthielt unser Edikt die beiden Bestimmungen, daß der Prätor aus den Kontrakten der Munizipalmagistrate Klage gegen die Duumvirn[3] und, wenn diese die Defension nicht übernähmen, missio in singulas res ciuitatis erteilen werde.[4]

§ 34. QUOD CUIUSCUMQUE UNIUERSITATIS NOMINE UEL CONTRA EAM AGATUR[5]

Ulp. 10,[6] Paul. 9,[7] Gai. 3.[8]

Die obige oder die durch sie ersetzte klassische Rubrik war keineswegs, wie Rudorff (EP vor § 34) annimmt, die Generalrubrik für alle auf die Vertretung sowohl der Gemeinden wie der sonstigen Korporationen bezüglichen Edikte; sie bezog sich vielmehr nur auf die Vertretung dieser letztern, während von der der Gemeinden unter andern Rubriken die Rede war.[9]

Ich unterscheide in unserm Edikt drei Bestandteile. Zunächst scheint der Prätor ediziert zu haben, daß zur Erhebung von Klagen namens

[1] Arg. fr. 8 cit. (s. S. 99 n. 4), fr. 1 § 3 eod., C. (11. 30) 1.

[2] (3. 3) 33 § 2: Publice utile est absentes a quibuscumque defendi *et rel.*

[3] Cf. (44. 7) 35 § 1: In duumuiros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium. Vgl. Kniep, Societas publican. I, 375.

[4] So Naber a. a. O. Zweifelnd Solazzi, bullett. 16, 119ff.

[5] D. (3. 4). Gradenwitz, SZ 12. 144, hält die Rubrik nicht für ediktal; er nimmt für die Ediktsprache an dem Ausdruck „uniuersitas" Anstoß, mit Recht. Auch in den Kommentaren — Ulp. h. t. 2, 7 § 1. 2. Paul. 6 § 3, Gai. 1 § 3 — ist der Ausdruck sicher oder wahrscheinlich überall interpoliert, vgl. Albertario, actio de univers. (ann. Perug. Bd. 31) SA 14f. und schon vorher H. Krüger, SZ 29, 519ff. Als Ediktrubrik vermutet G.: „quibus permissum est corpus habere . . . quod eorum nomine agatur". Auch ich glaube nach Gai. 3 h. t. 1 pr. — § 2, daß im Text des Edikts die uniuersitas so bezeichnet war. Wie die Rubrik lautete, bleibt ungewiß. Nach Kniep, d. Rsgel. Gai. 155, hätte unser Edikt nur im Provinzial-, nicht im Urbanalbum gestanden. Höchst unwahrscheinlich: wie hätte der Prätor diesen wichtigen Fall mit Stillschweigen übergehen können!

[6] h. t. 7 § 1. 2, (50. 16) 17 § 1.

[7] h. t. 6 § 3.

[8] h. t. 1.

[9] In allen Kommentaren sind die auf die corpora bezüglichen Edikte von den auf die municipes bezüglichen streng geschieden. Vgl. Ulp. 10 fr. 7 § 1. 2 mit fr. 7 pr. h. t.; Paul. 9 fr. 6 § 3 mit fr. 6 pr. § 1. 2 h. t. (besonders fr. 6 § 3 i. f. mit fr. 6 pr.); Gai. 3 fr. 1 h. t., wo nur von den corpora die Rede ist und dabei überall auf das exemplum rei publicae verwiesen wird. S. endlich auch fr. 2 h. t.: „municipes [uel aliqua uniuersitas]" . . . „pro re publica [uel uniuersitate]".

der corpora[1] deren statutenmäßiger Vertreter (actor)[2] zugelassen werden sollte.[3] Zweitens scheint er hier ausdrücklich nicht nur diesen, sondern jedwedem extraneus die Defension gestattet zu haben, Gai. 3 h. t. 1 § 3:

> et si extraneus defendere uelit [uniuersitatem], permittit proconsul, sicut in priuatorum defensionibus obseruatur.

Dies deshalb, weil für die ciuitates der gleiche Grundsatz nicht galt.[4] Endlich folgte das von Gai. 3 h. t. 1 § 2 referierte Edikt:

> Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et [si admoniti non excitentur ad sui defensionem][5] uenire se iussurum proconsul ait.

§ 35. DE NEGOTIIS GESTIS[6]

Ulp. 10,[7] Paul. 9,[8] Gai. 3,[9] Pedius 7,[10] Pomp, 26,[11] Iulian. 3.[12]

Ulp. 10 h. t. 3 pr.:

> Ait praetor: SI QUIS[13] NEGOTIA[14] [ALTERIUS] *ABSENTIS*,[15] SIUE QUIS NEGOTIA, QUAE CUIUSQUE CUM IS MORITUR FUERINT, GESSERIT,[16] IUDICIUM EO NOMINE DABO.[17]

Partsch[18] hat m. E. überzeugend nachgewiesen, daß in dem echten Edikt statt des überlieferten „alterius" stand: absentis. Wenn dagegen derselbe

[1] Arg. Gai. 3 h. t. 1 § 1, Paul. 9 eod. 6 § 3 Letztere Stelle enthält nicht Ediktinhalt, sondern Interpretation mit Rücksicht auf das in § 32 behandelte Edikt und die spätere Praxis. Vgl. dazu Vat. 335 und fr. 9 ratam rem (46. 8).

[2] Der daneben angeführte „syndicus" ist itp., vgl. Albertario, bull. 27, 87ff.

[3] Die Kommentare nehmen besondere Rücksicht auf die publicani: Gai. 3 h. t. 1 pr., (50. 16) 16, Ulp. 10 eod. 17 § 1.

[4] h. t. 8, s. § 33 a. E.

[5] Beseler, III, 7.

[6] D. (3. 5), C. (2. 18 [19]). Die Fragmente des Digestentitels zähle ich nach Mommsen.

[7] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 19, (11. 7) 1, (22. 1) 37, (27. 5) 5.

[8] h. t. 6, 12, 14, 17, 20, (17. 1) 40, (35. 2) 41 — gestio negotiorum hereditariorum! —, wahrscheinlich auch (50. 17) 114, wofür aber vielerlei Beziehungen denkbar sind.

[9] h. t. 2, 21, (11. 1) 5 cf. eod. 18, 20 pr., (17. 1) 41.

[10] cit. h. t. 5 § 11.

[11] cit. h. t. 5 § 8, 14.

[12] h. t. 29, cit. h. t. 5 § 2, 7 § 3.

[13] Ulp. 10 h. t. 3 § 1.

[14] Ulp. 10 h. t. 3 § 2.

[15] Ulp. 10 h. t. 3 § 3-5, (27. 5) 5. Fr. 3 § 4 scheint auf den ersten Blick zwischen fr. 3 § 3 und 5, im Kommentar zu dem Wort, das den Geschäfts*herrn* bezeichnet, nicht an seinem Platz; ich hielt den Paragraphen daher in der 1. Aufl. für ein Einschiebsel der Kompilatoren. Heute möchte ich vermuten, daß Ulpian, wie in § 5 die Geschäftsführung für einen furiosus, so vor § 4 die für einen pupillus und dessen Haftung mit der actio contraria berührt — vgl. (27. 5) 5 — und hieranknüpfend bemerkt hat, daß ein Pupill als Geschäfts*führer* nicht hafte (conveniri *non* potest). Die Stelle hat eine kleine Literatur: vgl. besonders Peters, SZ 32, 260 (treffend gegen EP²), Pacchioni st. Chironi I, 211, Albertario, I.L. 46, 855, Partsch, neg. gestio (Heid. Sitzgsber. 1913) 10². Die Korrektur des Cujaz (Obs. XIII, 7) — pupilli statt pupillus — ist sicher unhaltbar.

[16] Ulp. 10 h. t. 3 § 6. Den die negotia hereditaria betr. Passus des Edikts erklärt Frese, mél. Cornil 355, aus ganz unzureichenden Gründen für eine „grobe" Itp.!

[17] Ulp. 10 h. t. 3 § 7.

[18] a. a. O. 10ff. S. auch schon EP² S. 101; SZ 35, 211. Die Quellenzeugnisse s. bei Partsch. Fr. 3 § 8 h. t. ist itp. (Partsch 99), würde aber auch, wenn echt, nicht gegen die obige Annahme sprechen; das „dabitur actio" würde auf eine utilis actio deuten.

Schriftsteller[1] unter die ediktmäßigen Voraussetzungen der actio auch noch die Worte „sine mandatu" einschieben will, um die Tatsache zu bezeichnen, daß der gestor ohne Mandat handelte, so kann ich dem nicht beitreten. Diese Vermutung wird durch Ulp. 31 (17. 1) 6 § 1 entscheidend widerlegt; denn Ulpian begründet hier die Unzuständigkeit der actio n. g. bei Vorhandensein eines Mandats mit den Worten „nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit";[2] so konnte der Jurist nicht schreiben, wenn in Edikt und Formel breit und deutlich die Worte standen: sine mandatu.[3]

Der Kommentar Ulpians zu diesem Edikt umfaßt (vgl. S. 101 n. 13–17) fr. 3 § 1–7 h. t. Hierauf folgen in fr. 3 § 8. 9 zwei anscheinend ganz vereinzelte Spezialentscheidungen. Sie können nicht mehr zu der Erläuterung des Edikts gehören, die in § 7 mit der Bemerkung über die Vererblichkeit der actio deutlich abschließt. Sie gehören ebensowenig zu dem neuen Kommentarabschnitt, der markant bei fr. 3 § 10 beginnt und sich, wie ich zeigen werde, auf die formula in ius concepta bezieht. Fr. 3 § 8 nun ist vermutlich interpoliert (s. S. 101 n. 18). Was dagegen § 9 angeht, so spricht alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß wir es hier mit Resten eines Kommentars zu einer formula in factum concepta zu tun haben.[4] Allerdings ist bestritten, ob es für unsere actio eine solche gegeben habe, allein mit Unrecht. Die bejahende, am gründlichsten von Wlassak[5] vertretene Ansicht betont mit Recht, daß das in fr. 3 pr. zitierte Edikt die formula i. f. concepta geradezu postuliert; die Verheißung einer actio ciuilis durch Edikt wäre in den Quellen ohne Beispiel.[6] Gab es nun eine formula i. f. concepta, so fragt sich weiter, ob sie auf die actio des dominus oder die des gestor zugeschnitten war oder ob vielleicht für jede dieser Aktionen eine besondere Formel proponiert war. Letzteres ist die Ansicht Wlassaks,[7] der die actio directa sogar für die ältere hält.[8] Dagegen lassen Karlowa,[9] Ferrini,[10] Cuq,[11] Segrè[12] u. a. aus dem Edikt eine Formel nur für den gestor erwachsen. Betrachten wir unsere Hauptquelle, Ulpians Kommentar, so weist zwar dessen Einleitung,

[1] a. a. O. 14f.

[2] Das hierauf folgende „sed idcirco quod mandatum susceperit" mag, obwohl sachlich richtig, Glossem sein (man beachte den Wechsel des modus).

[3] Ebensowenig kann „sponte" im Edikt gestanden haben, wie Riccobono, dal dir. Rom. etc. (1915) 244[1], statt „sine mandatu" voschlägt; noch weniger procurator, wie Frese, mél. Cornil (1926) 349f., meint.

[4] In der 1. Aufl. suchte ich das Rätsel durch die Annahme zu erklären, daß die Kompilatoren die § 8. 9 anderswoher entnommen und hier nur eingeschoben hätten. Diese Vermutung ist wenig wahrscheinlich, da ein zureichender Grund für eine solche Umstellung nicht ersichtlich ist.

[5] Zur Gesch. der NG (1879) 13ff., 153ff., 184ff. Kurze Übersicht der Literatur bei Karlowa, RG II, 668 n. 1, dazu noch Pacchioni, tratt. della gestione etc. 1893, Ferrini, bull. 7, 85ff., u. wieder Pacchioni, bull. 9, 51ff., Arangio-Ruiz, le formule con dem. (1912) 28f. u. a. m.

[6] Was ich hiergegen in der 1. Aufl. vorbrachte, hat keine überzeugende Kraft. Vgl. Wlassak, Grünh. Z. 12, 261 und, wegen des Edikts de operis libertorum, unten § 140. Nicht förderlich m. E. H. Krüger, SZ 37, 236ff.

[7] a. a. O. 21, 184ff.

[8] Mit Wlassak auch Girard, manuel (6. éd.) 635 n. 1.

[9] RG I, 463 n. 1, II, 668 n. 1, 1305ff.

[10] bull. 7, 86ff.

[11] Instit. (2. éd.) I, 201 n. 1.

[12] Sulle formole relative alla NG (aus den studi Moriani) 12ff.

fr. 1 h. t., ausschließlich auf die actio contraria hin, die Erläuterung des Edikts aber nimmt gleichermaßen auf beide Aktionen Rücksicht, vgl. h. t. 3 § 1. 4. 5, auch (27. 5) 5. Nimmt man hinzu, daß die Entscheidung in fr. 3 § 9 einen Fall der actio directa betrifft, so dürfte wohl am meisten für die Ansicht Wlassaks sprechen, die auch von Partsch (a. a. O. 4f.) geteilt wird. Daß von der Erläuterung der beiden Formeln so gar wenig auf uns gekommen ist, darf nicht wundernehmen. Auch bei der actio commodati (s. § 98), für die bekanntlich ebenfalls formulae in ius und in factum conceptae proponiert waren, hat die formula i. f. concepta anscheinend nur eine recht kurze Behandlung erfahren.[1] Für unsere Formeln aber muß beachtet werden, daß sie nicht wie die formulae in ius conceptae allgemein gefaßt, sondern, wie das Edikt, auf einen besondern Fall der N. G., die defensio absentis berechnet gewesen sind. Irgendwie sichere Vermutungen über die Fassung der beiden Formeln sind natürlich ausgeschlossen. Nur soviel darf wohl, wenn unsere Hypothese richtig ist, aus dem „interdum ... dolum solummodo uersari" in fr. 3 § 9 h. t. geschlossen werden, daß in der Formel der actio directa nicht von einem dolus des gestor die Rede war. Und was die Formel der actio contraria angeht, so erinnert das „quidquid eo nomine uel abest ei uel afuturum est" bei Gai. 3 h. t. 2 i. f. daran, daß in den Erörterungen über die actio mandati contraria, für die ebenfalls eine Doppelformel zu vermuten ist, das „pecuniam abesse" eine auffallende Rolle spielt[2] (vgl. unten § 108 a. E.).

Bei fr. 3 § 10 h. t. beginnt, wie schon bemerkt, ein neuer Abschnitt von Ulpians Kommentar, der die formulae in ius conceptae zum Gegenstande hat.[3] Die Existenz dieser Formeln[4] und daß sie bonae fidei waren, ergibt sich aus folgenden Stellen:

Gai. (44. 7) 5 pr.:

> ... proditae sunt actiones ... negotiorum gestorum, quibus ... inuicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.

Paul. 29 (13. 6) 17 § 3:

> ... actionesque ciuiles: ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoauit ...

Vgl. ferner Ulp. 76 (44. 5) 1 § 4, Gai. IV, 62, Paul. sent. I, 4 § 3, I. (4. 6) 28, D. h. t. 6, 37, (17. 2) 38 pr. (itp.), (22. 1) 37, C. (2. 4) 3, (4. 32) 13.

Die Bestandteile der Formeln lassen sich in Ulpians Kommentar deut-

[1] Anders freilich bei der actio depositi, vgl. Pal. Ulp. nr. 890ff.

[2] Hierauf macht Segrè a. a. O. 18f. aufmerksam, dessen Vermutung Partsch a. a. O. 33[2] durch neue Argumente stützt.

[3] Irrig nimmt Wlassak, z. Gesch. der NG (1879) 1, 13f., an, die römischen Juristen hätten die Entwicklung des Rechts der NG an die Worte des Edikts angeknüpft. Wenn Ulpian, nachdem er in fr. 3 § 2ff. die Worte negotia absentis bereits erörtert hat, von fr. 3 § 10 ab von neuem und weit ausführlicher die Frage erörtert, wann man sagen könne, daß jemand negotia eines andern geriert habe, so ist klar, daß diese neue Erörterung an die Formel anknüpft.

[4] Zweifelnd hinsichtlich der actio contraria Karlowa, RG II, 671f.

lich verfolgen. Der Jurist beginnt mit der demonstratio, die nicht bloß auf den Fall der absentia domini Bezug nahm,

Quod $A^s A^s N^i N^i$ ($N^s N^s A^i A^i$) negotia gessit.

Da diese für beide Seiten der actio — die directa und contraria — gleichlautend ist, so zieht bei Untersuchung der Frage, wann die demonstratio zutreffe (quis hac actione teneatur), Ulpian die directa und contraria nebeneinander in Betracht.[1] Im einzelnen wird zunächst festgestellt, daß, da die demonstratio lediglich auf die Tatsache des „negotia alicuius gessisse" gestellt ist, es für die Zuständigkeit der actio gleichgültig ist, ob der gestor sponte oder necessitate urguente oder necessitatis suspicione eingetreten,[2] speziell ob auf Grund wirklichen oder vorausgesetzten Mandats eines Dritten, ferner auch, ob ein Irrtum über die Person des dominus negotiorum vorlag oder nicht — fr. 3 § 10. 11, fr. 5 pr. § 1 h. t. Nun folgen Untersuchungen darüber, ob und inwiefern dennoch die bei der Geschäftsführung obwaltende Absicht des Gestor in Betracht komme — fr. 5 § 2–13 —, Untersuchungen, deren Beziehung zu dem „quod L. Titius negotia Sei gessit" auf der Hand liegt, überdies aber auch mehrfach in den Worten des Kommentars klar hervortritt.[3] Weiter sagt die demonstratio: „quod . . . gessit". Fragt sich also, ob jemand auch propter ea quae non gessit in Anspruch genommen werden könne: darüber handeln fr. 5 § 14, 7 pr. Auf die demonstratio folgt die intentio. Diese mußte den Juristen zu einer doppelten Darlegung veranlassen: einmal nämlich zur Erörterung der Bedingungen, unter denen, das Zutreffen der demonstratio vorausgesetzt, aus der N. G. ein oportere für den einen oder andern Teil hervorgehe, — dahin gehört z. B. der Satz, daß Verbot der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn jeden Anspruch des Geschäftsführers ausschließt, ferner die Lehre vom negotium utiliter gestum —; sodann zur Feststellung des Inhalts der beiderseitigen Ansprüche (quid ueniat in hanc actionem). Es ist klar, daß bei diesen Untersuchungen die bisher gemeinsame Behandlung der actio directa und contraria einer getrennten Platz machen mußte. Genau dies ist das Bild, das uns der Fortlauf des Kommentars bietet. Allerdings ist von der Untersuchung über die actio directa nichts übriggeblieben, als einzig fr. 7 § 1, eine interpolierte Stelle, die sich, beim Mangel alles Zusammenhangs mit dem Vorhergehenden, seltsam genug mit einem „item" einleitet und durch dies übel angebrachte Wort die durch die Tätigkeit der Kompilatoren geschaffene Lücke anzeigt.[4] Dagegen ist uns in fr. 7 § 2. 3, 9 h. t., und in (22. 1) 37 das von der contraria handelnde Bruchstück großen-

[1] Die directa z. B. in fr. 3 § 10, 5 § 4. 11. 14, die contraria in fr. 3 § 11, 5 § 1–3, beide in fr. 5 § 5. 6. 7 h. t.

[2] Ob und inwieweit hier und im folgenden Interpolationen anzunehmen sind (vgl. bez. fr. 3 § 10 Partsch a. a. O. 100 ff., Riccobono dal dir. Rom. 216 ff.), diese Frage kann hier nicht erörtert werden. Auch der Ort, *wo* itp. worden ist, würde für den Gedankengang des Kommentars bedeutsam bleiben.

[3] S. namentlich fr. 5 § 4 („quia meum negotium gessit"), § 5 i. A., § 11 („quia nullum nogotium tuum gestum est" . . . „sic ratihabitio constituet tuum negotium"), § 12 i. f., § 13 i. f.

[4] Dazu Mitteis, röm. Privatr. 388[41].

teils erhalten, und zwar sind hier gerade die oben berührten Punkte besprochen. Daß aber vorher ebenso ausführlich von der actio directa die Rede war, zeigt überaus deutlich auch der Beginn dieses letztern Bruchstücks: das ganz abrupte „si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice", womit fr. 7 § 2 anfängt, — vorher ist in den auf uns gekommenen Fragmenten von dergleichen nirgends die Rede — muß jedem aufmerksamen Leser des Kommentars als befremdlich auffallen.

Das Edikt betrifft neben dem Fall der gestio negotiorum uiui noch den weitern der gestio negotiorum hereditariorum.[1] Für diesen war auch eine besondere Formel proponiert: Ulpian behandelt diese im nächsten erhaltenen Fragment — fr. 11 h. t.[2] —, und hierher gehört auch fr. 1 (11. 7).

Den Schluß des Kommentars bilden Betrachtungen über besondere Formelgestaltungen: actio n. g. de peculio und de in rem uerso, actio utilis im Fall der gestio negotiorum captiui: fr. 13, 19 h. t.

Die Rekonstruktion der in ius konzipierten Formeln bietet bei der Reichhaltigkeit des vorliegenden Materials keine Schwierigkeit.

1. *Quod* N^s N^s (A^s A^s) *negotia* A^i A^i (N^i N^i) *gessit,*[3] *q. d. r. a., quidquid ob eam rem* N^m N^m A^o A^o[4] *dare*[5] *facere*[6] *oportet ex fide bona, eius iudex* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.*

2. *Quod* N^s N^s (A^s A^s) *negotia quae Titii, cum is moreretur,*[7] *fuerunt, gessit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem* N^m N^m A^o A^o rel.

Eine Spezialisierung des geführten Geschäfts in der Formel trat, soweit wir sehen können, nicht ein.

Über die verschiedenen Fälle von utiles actiones Partsch a. a. O. 34ff. (dem ich übrigens nicht überall beistimme). Über den Fall der Protutel unten § 126.

[1] Frese, a. a. O. 355. 380, hält vollen Ernstes alles hierher Gehörige für itp.!

[2] Im pr. dieser Stelle hält Krüger (bei Mommsen) die Worte „cuius fuerunt negotia" für Justinianischen Zusatz. Erwägt man aber, daß Ulpian den Fall der gestio negotiorum captiui weiter unten behandelt — cf. h. t. 19 —, so wird man eher die folgenden Worte „qui apud hostes decessit" als Interpolation zu betrachten geneigt sein. Unhaltbar ist m. E. die Konjektur Partschs a. a. O. 12, der für „eius . . . negotia" absentis setzen will; denn nicht von negotia absentis, sondern von negotia defuncti ist hier die Rede.

[3] Diese demonstratio traf auch dann zu, wenn die gestio darin bestand, daß der gestor einem Dritten Auftrag zur Geschäftsführung erteilt hatte. Mit Unrecht nahm ich hier noch in EP[2] eine actio utilis an. Dawider Partsch, a. a. O. 34.

[4] Coniuncta: alterum alteri? (44. 7) 5 pr.

[5] (44. 5) 1 § 4.

[6] Dare facere praestare? Trotz (44. 7) 5 pr. und Gai. III, 155 kaum anzunehmen, arg. (17. 1) 45 § 5. Vgl. Segrè, l. c. 10 n. 2. Rudorff (EP § 36) hat „dare facere repromittere", ohne Beleg.

[7] h. t. 3 pr., 11 pr., 20 § 1, 21, (11. 7) 1. Utilis: „cum is apud hostes esset", h. t. 18 § 5 -fr. 20 pr.

Tit. IX

§ 36–38. DE CALUMNIATORIBUS[1]

Ulp. 10,[2] Paul. 10,[3] Gai. 4.[4]

Ulp. 10 fr. 1 pr. h. t.:

> IN EUM QUI, UT CALUMNIAE CAUSA NEGOTIUM FACERET UEL NON FACERET, PECUNIAM ACCEPISSE[5] DICETUR, INTRA ANNUM IN QUADRUPLUM EIUS PECUNIAE QUAM ACCEPISSE DICETUR, POST ANNUM[6] simpli in factum actio competit.[7]

Ohne Zweifel ist obiges, bis auf die letzten fünf Worte, getreu dem Edikt nachgeschrieben.[8] An ihrer Stelle stand vielleicht im Edikt: de eo quod ad eum peruenerit iudicium dabo.[9] Von der Formel ist uns nichts überliefert, als daß die actio in quadruplum die exceptio „si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit" enthielt,[10] was sich, da die Zeitfrist auch im Edikt genannt ist, ohnedies hätte erraten lassen. Bei dieser Dürftigkeit des Materials wird es vorsichtig sein, auf die Rekonstruktion zu verzichten. —

War das obige Edikt das einzige des Titels de calumniatoribus? Dies scheinen alle älteren Bearbeiter des Titels anzunehmen: es ist aber das Gegenteil gewiß. Nirgends anders als hierher sind die Edikte über das bekannte iudicium calumniae decimae partis des klassischen Rechts und über den Kalumnieneid[11] zu setzen. Das ließe sich schon nach der Titelrubrik und ebenso auch nach der Tatsache vermuten, daß diesem Titel bei Paulus ein ganzes Buch gewidmet ist (lib. 10), worin doch unmöglich einzig das obige Edikt behandelt gewesen sein kann. Es wird zur Gewißheit, wenn man erwägt, daß in den uns erhaltenen Kommentaren zu dem letztern gerade die Grundbegriffe der ganzen Lehre — calumnia und negotium — nicht ex professo erläutert sind, Begriffe, von denen gewiß niemand behaupten wird, daß sie der Erläuterung nicht bedürftig seien.[12] Sie

[1] D. (3. 6), C. (9. 46).

[2] h. t. 1, 3, 5, (4. 4) 6, 21, (5. 1) 10, (12. 2) 16, (37. 15) 5, 7, (42. 1) 17.

[3] h. t. 2, 7, (37. 15) 8, (50. 17) 115.

[4] h. t. 4, 6.

[5] Ulp. 10 h. t. 1 § 2. 4, 3 pr.–§ 2, Paul. 10 h. t. 2, (50. 17) 115.

[6] Gai. 4 h. t. 6.

[7] Ulp. 10 h. t. 3 § 3, 5 pr., Paul. 10 eod. 7 pr. § 1, Gai. 4 eod. 4.

[8] Insbesondere war der Fall „si quis depectus esse dicetur" im Edikt nicht erwähnt (a. M. Ranchinus, Westenberg, Heineccius, Karlowa). Das „depectum esse" ist ein Fall des „pecuniam accepisse, ut negotium non faceret", cf. C. (9. 42) 2; fr. 3 § 2 h. t. ist Kommentar zu letztern Ediktworten.

[9] So E. Levy, Privatstrafe 103 ff.

[10] Gai. 4 h. t. 6.

[11] Das Edikt de iureiurando propter calumniam dando setzt Rudorff (ohne Beleg) als § 54 hinter den Titel de satisdando.

[12] Wie enge speziell der Begriff des negotium, und wie notwendig also seine Definition war, ergibt die Bemerkung des Paulus in h. t. 7 § 2, bei der nach ihrer Stellung am Schluß des Kommentars an eine utilis actio gedacht werden muß.

waren ohne Zweifel im Kommentar zu einem andern vorausgehenden Edikt erörtert. Wir sind aber gar nicht auf bloße Schlüsse angewiesen, sondern wir haben positive Spuren weiterer Edikte de calumnia.

Ulp. 10 (5. 1) 10:[1]

> Destitisse uidetur non qui distulit, sed qui liti renuntiauit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat . [plane si quis cognita rei ueritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseuerare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non uidetur].[2]

Die bisherigen Bearbeiter schweigen teils über diese Stelle, teils begnügen sie sich damit, entweder (Heineccius, Weyhe) um ihretwillen in das erhaltene Edikt des fr. 1 pr. h. t. neben das ut negotium non faceret noch ein uel a lite improba desisteret zu setzen oder aber (Rudorff) fr. 10 einfach als Kommentar zu den Ediktworten ut negotium non faceret zu behandeln. Beide Ansichten sind handgreiflich unmöglich. Nach dem Edikt des fr. 1 pr. h. t. kommt es nur darauf an, daß jemand pecuniam accepit, ut . . . faceret uel non faceret; ob er nachher wirklich fecit oder non fecit, ist für die Zuständigkeit der Strafklage völlig gleichgültig.[3] In fr. 10 cit. wird aber gerade der Begriff des „destitisse" als relevant erörtert.[4] Die wahrscheinliche Beziehung des destitisse ergibt sich sofort, wenn man annimmt, daß unter dem Titel de calumniatoribus auch vom iudicium decimae partis die Rede war. Von diesem berichtet uns Gai. IV, 174–76. 178. 179:[5]

> Actoris quoque calumni*a* coercetur modo calumniae iudicio modo contrario modo iureiurando modo restipulatione. et quidem calumniae iudicium aduersus omnes actiones locum habet, et est decimae partis . . . aduersus adsertorem tertiae partis est. liberum est autem ei cum quo agitur aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere . . . calumniae iudicio decimae partis nemo damn*a*tur nisi qui intellegit non recte se agere . . . Utique autem ex quibus causis contrario iudicio ag*i* potest, etiam calumniae iudicium locum habet: sed alterutro t*antum* iudicio agere permittitur.[6]

Diese Nachrichten werden ergänzt durch Theophil. ad Inst. IV, 16 § 1, durch den wir erfahren, daß die Kondemnation im calumniae iudicium vorgängiges Unterliegen des Kalumnianten im Hauptprozeß voraussetzte;[7] dies war eine praktisch durchaus gebotene Bestimmung, da eine Verquickung der

[1] = (4. 4) 21.

[2] Beseler, Beitr. III, 7.

[3] h. t. 3 § 1.

[4] Man beachte besonders die Verbindung „destitisse uidetur . . .: desistere enim est". Auf den itp. Schluß der Stelle (s. n. 2) berufe ich mich heute nicht mehr (anders noch EP[2] 105).

[5] Vgl. dazu noch I. (4. 16) § 1, Theophil. in h. l., consult. uet. iurisc. 6, 13 (im C. Hermog. ed. Haenel p. 70), Cic. pro Cluentio c. 59 § 103, Gell. XIV, 2 § 8. S. auch Nov. 112 c. 2 pr.

[6] Restitution gegen die getroffene Wahl? Ulp. 10 (4. 4) 6.

[7] v. εἶτα ἡττήθην.

beiden Prozesse zu unerträglichen Unzukömmlichkeiten hätte führen müssen. Betrachten wir nun aber die Gesamtheit dieser Grundsätze, so bemerken wir gegenüber den entsprechenden Vorschriften des Strafprozeßrechts eine Lücke. Wie nämlich, wenn der kalumniose Kläger vor dem Urteil den Prozeß aufgab? Sollte er ruhig haben abwarten dürfen, wie sich der Rechtsstreit vor dem Judex entwickeln werde, um sich dann noch im letzten Moment nach Willkür der gerechten Strafe der Kalumnia entziehen zu können? Im Strafprozeß trifft ein solches destitisse die strenge Strafe der tergiuersatio, und merkwürdig genug wird dort dies destitisse von Paulus[1] fast mit den gleichen Worten definiert wie in fr. 10 cit. von Ulpian. Ich zweifle nicht, daß auch das iudicium calumniae dies destitisse vorsah, und eben darauf wird sich fr. 10 cit. bezogen haben. Es ist wohl nur ein Nachklang des alten Rechts, wenn Justinian in Nov. 112 c. 2 pr. dem Kläger Bürgschaftsleistung dafür aufgibt: „quod et usque ad finem litis permaneat et suas intentiones ... exerceat, et, si postea fuerit approbatus iniuste litem mouisse, sumptuum et expensarum nomine decimam partem eius quantitatis, quae libello continetur, pulsato restituet". Eine gewichtige Bestätigung erfährt unsere Annahme durch Ulp. 4 opin. (4. 3) 33 (Pal. nr. 2332), eine interpolierte Stelle, die in ihrem ursprünglichen Wortlaut höchstwahrscheinlich auf das iudicium calumniae ging:

> Rei, quam uenalem possessor habebat, litem proprietatis aduersarius mouere coepit et, posteaquam opportunitatem emptoris cui uenundari potuit peremit, destitit: placuit possessori hoc nomine [actionem in factum cum sua indemnitate] competere.

Statt der eingeklammerten Worte hatte Ulpian: calumniae iudicium.[2]

Ist obiges richtig, so geht aus fr. 10 cit. hervor, daß in demjenigen Stück der Formel des iudicium calumniae, wo das destitisse als zur Kondemnation ausreichend bezeichnet war, des Erfordernisses, daß der Prozeß calumnios begonnen worden sein müsse, keine besondere Erwähnung geschah: nur unter dieser Voraussetzung wird die an sich ja nicht richtige Behauptung des Juristen, desistere sei nur das Aufgeben eines kalumniosen Prozesses, verständlich: desistere im Sinn der Formel ist gemeint. Im übrigen enthalte ich mich mangels aller positiven Nachrichten der Rekonstruktionsversuche und muß es namentlich auch dahingestellt sein lassen, ob das iudicium calumniae an die Hauptformel (das s. n. p. a.) nur einfach angehängt, oder ob, was wahrscheinlicher,[3] eine besondere selbständige Formel dafür bestand.

[1] (48. 16) 13 pr.

[2] Zu diesen Beweisgründen tritt neuerdings noch der Pap. Amherst II nr. 27. Wenn die Ergänzung und die Deutung des hier überlieferten Reskripts durch Gradenwitz (SZ 23, 356ff., bes. 377) das Richtige trifft, so wäre darin ausdrücklich bezeugt, daß „contra eum qui post litem institutam destitit" im Edikt ein Rechtsmittel vorgesehen war; leider aber sind gerade die Worte „edicto perpetuo" bloße Konjektur. Doch bedürfen wir dieser immerhin zweifelhaften Stütze nicht. Wenger (Arch. f. Papyrusforsch. 2, 41ff.) bezieht das Reskript auf calumnia im Strafprozeß.

[3] Wlassak, SZ 33, 119, Partsch, NG 56[5].

Fr. 10 cit. ist nicht der einzige Beweis für die Annahme, daß in unserm Titel das iudicium calumniae proponiert gewesen. Die actio poenalis in quadruplum ist gegen gewisse Respektspersonen unzulässig; Ulp. 10 handelt davon in (37. 15) 5 pr.:

> Parens, patronus patrona, liberiue aut parentes patroni patronae neque si ob negotium faciendum uel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur.

Neque si: auch dann nicht. Also muß es noch eine andere ebenfalls bei Ulp. 10 behandelte Klage gegeben haben, die ebenfalls gegen die Respektspersonen nicht erhoben werden konnte, und das kann nur das iudicium decimae partis gewesen sein. Vermutlich stand am Schlusse des ganzen Titels eine Klausel etwa folgenden Inhalts:

> Aduersus parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae has actiones non dabo.[1] —

Vom Kalumnieneid handelt Gai. IV, 172. 176:

> Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur *i*niungatur, . . . permittit praetor iu*s*iurandum exigere non calumniae caus*a* infitias ire.
>
> Liberum est autem ei cum quo agitur aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere.

Hierauf könnte sich Ulp. 10 (12. 2) 16 bezogen haben; doch ist dies nicht sicher, cf. Ulp. 10 (37. 15) 7 § 3.

Unter den wider die calumnia actoris gerichteten Rechtsmitteln figurieren nach Gai. IV, 174 ff. auch noch das contrarium iudicium und die restipulatio. Beide sind aber nur ex certis causis zulässig und waren daher wohl nicht in diesem allgemeinen Titel, sondern gelegentlich der certae causae verheißen.[2]

Tit. X

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS[3]

Ulp. 11–13, Paul. 11. 12, Gai. 4, Pomp. 28–30, Iulian. 4, Callistr. 1. 2.

Die Reihenfolge der drei ersten Rubriken ergibt sich nicht nur aus der Titelordnung der Digesten, sondern auch aus den Sentenzen des Paulus (I, 7–9).

[1] Zu dieser Klausel ziehe ich außer fr. 5 cit. noch Ulp. 10 eod. 7, (42. 1) 17, Paul. 10 (37. 15) 8. Ulpian stellte hier alle verwandten Ehrenvorzüge der Respektspersonen zusammen: vgl. (37. 15) 7 § 4 i. f. Auch die rätselhafte, jedenfalls itp. Stelle Gai. 4 (25. 2) 26 „rerum amotarum actio condictio est“ gehört vielleicht hierher: gegen den Patron ist zwar die actio furti als famosa ausgeschlossen, nicht aber die actio rerum amotarum, (12. 2) 16. Wahrscheinlicher ist mir aber hier eine andere Beziehung. Vgl. § 115.

[2] A. M. anscheinend Rudorff, EP § 54.

[3] D. (4. 1). Ulp. 11 (4. 1) 1: utilitas huius tituli. Schol. Sinait. 13: τοῦ de in integrum restitutione τῶν α' Ulpiani.

§ 39. QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT[1]

Ulp. 11,[2] Paul. 11,[3] Gai. 4,[4] Iulian. 4,[5] Ped. 7. 8 (7? 8?),[6] Pomp. 28.[7]

Unter diese Rubrik gehören, wie an sich zu vermuten, überdies aber aus Ulpians Kommentar deutlich zu ersehen, drei Stücke: das allgemeine Edikt des fr. 1 pr. h. t., das spezielle Edikt über die actio in quadruplum, die proponierte Formel.

I

Ulp. 11 fr. 1 h. t.:

Ait praetor: QUOD METUS CAUSA[8] GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO.[9]

Vgl. Paul. 11 h. t. 21 § 1.

Aus Ulp. 11 gehört hierher: h. t. 1, 3, 5, 7, 9 pr. — § 6, (43. 16) 5 cf. h. t. 9 pr. i. f., (50. 16) 19 cf. h. t. 9 § 2, (50. 17) 116 pr.

Aus Paul. 11: h. t. 4, 8, 21 pr. § 1. 5. 6.

Aus Gai. 4: h. t. 6.

Im einzelnen erläutert Ulpian den Begriff metus in fr. 1, 3, 5, 7, 9 pr., metus causa gestum in fr. 9 § 1. 2, ratum non habebo in fr. 9 § 3–6.

Eine Formel war zu obigem Edikt nicht proponiert.[10] Der Prätor behielt sich die Art seines Eingreifens im Einzelfall vor. Rudorff[11] proponiert hier folgende formula rescissoria:

Si uis metusue causa factum non esset, ut As As fundum, q. d. a., N° N° mancipio daret, tum si paret *rel.*

Das „si uis metusue causa factum non esset" bedarf keiner Widerlegung.[12] Da es sich um eine i. i. r. handelt, dürfte der Prätor i. d. R. das Vorhandensein des Restitutionsgrunds selbst festgestellt und dann die Formel einfach auf „Si As As fundum N° N° mancipio non dedisset" gestellt haben. Überließ er aber, was doch vielleicht nicht ausgeschlossen war, auch die Untersuchung über den metus dem Judex, dann wäre an eine Formel etwa derart zu denken: si quem fundum As As N° N° metus causa mancipio dedit, eum is mancipio non dedisset,[13] tum si *rel.*

[1] D. (4. 2), C. (2. 19 [20]).

[2] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 12, 14, 16, 20, (43. 16) 5, (50. 16) 19, (50. 17) 116 pr.

[3] h. t. 4, 8, 15, 21; (4. 7) 5? (50. 17) 117?

[4] h. t. 6, 10, 19, (50. 16) 22.

[5] cit. h. t. 9 § 5. 7, 11. In fr. 9 § 5 falsch III statt IIII.

[6] cit. h. t. 7 pr., 14 § 5.

[7] cit. h. t. 7 § 1, 9 pr., 12 § 1.

[8] Ältere Fassung: ui metusue causa. Cf. Seneca, controu. IX, 3. Cic. ad Quint. fr. I, 1, 7 § 21. Daß die Erwähnung der uis im Hadrianischen Edikt gestrichen worden, ist, trotz dem ausdrücklichen Bericht in (4. 2) 1, 3, keineswegs gewiß. F. Schulz, SZ 43, 233.

[9] Cf. C. h. t. 7, 8, (2. 4) 13; vgl. Dio Cass. 45, 22 i. f.

[10] Auf das „licet . . . existimemus" in h. t. 9 § 6 und das „placuit" in C. h. t. 3 möchte ich mich für diese Behauptung heute (anders noch EP² 109) freilich nicht mehr berufen, da beide Stellen stark itp. sind.

[11] EP § 38.

[12] Rudorffs Judex hätte nach dem Wortlaut dieser Fiktion nicht etwa die stattgehabte Manzipation, sondern die stattgefundene Gewalt und Drohung ignorieren müssen.

[13] Die Rüge, die Brinz, SZ 4, 176, über diesen Rekonstruktionsversuch verhängt, scheint mir nicht begründet.

2

Das Edikt über die actio in quadruplum[1] fing wahrscheinlich (ähnlich dem de dolo) mit den Worten an:

Quod metus causa factum erit (oder *esse dicetur*).

Bei Ulp. 30 (13. 7) 22 § 1 wird ein agere „quod metus causa factum est" erwähnt, und darnach ist es wahrscheinlich, daß auch in dem freilich interpolierten[2] fr. 9 § 8 h. t. die darin vorkommende gleiche Wendung auf Ediktswortlaut zurückgeht.

Über den weiteren Inhalt des Edikts meldet Ulp. 11 h. t. 14 § 1:

> Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur ... post annum uero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.[3]

Cf. C. h. t. 4.

Ulp. 11 zeigt h. t. 9 § 7 deutlich den neuen Ediktsabschnitt an:

> Ex hoc edicto restitutio talis facienda est [id est in integrum officio iudicis],[4] ut ...

Im Fortgang dieser Stelle wird bereits die condemnatio in quadruplum erwähnt. Der Gang des Kommentars läßt sich noch deutlich erkennen, obwohl die Texte durch zahlreiche Interpolationen entstellt sind, die sich aus der Absicht der Kompilatoren erklären, die Unterschiede zwischen i. i. r. und actio zu verwischen.[5] Auf das nisi restituet oder restituetur des Edikts beziehen sich h. t. 9 § 7. 8, 12, 14 pr., auf das in quadruplum iudicium dabo h. t. 14 § 1. 2. Aus Paul. 14 gehen auf unser Edikt oder die Formel h. t. 15, 21 § 2–4, aus Gai. 4 h. t. 10, (50. 16) 22.

Gai. 4 h. t. 19:

> ... in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum peruenerit ...[6]

Die Authentizität dieses Berichts ist von Albertario[7] bestritten worden. Er hält die Verheißung der actio gegen den Erben auf id quod ad eum peruenit hier wie bei allen andern actiones poenales für tribonianisch. Die Grundlage für diese These bildet die gewiß richtige Annahme, daß bei

[1] Aller Wahrscheinlichkeit nach ist das Edikt über die actio in quadruplum zurückzuführen auf das von Octauius formulierte, wovon Cicero (in Verr. II, 3 c. 65 § 152, ad Quint. fr. I, 1, 7 § 21) meldet. Die formula Octauiana war nach Cicero abgestellt auf „quod per uim aut metum abstulisset". Ohne hinreichenden Grund vermutet Naber, obs. 28 (Mnemos. 21, 36), hinter der formula Octauiana ein Interdikt.

[2] Schulz, SZ 43, 242 u. die dort Angeff.

[3] Beseler, Beitr. 1, 75, will dies Referat durch ein wörtliches Ediktszitat ersetzen. Diese Vermutung ist nicht nur willkürlich, sondern überaus unwahrscheinlich; denn der Kommentar zu unserem Edikt beginnt bereits bei fr. 9 § 7, und dort würden wir die Ediktsworte finden, wenn die Kompilatoren sie nicht gestrichen hätten.

[4] Interpolation, die sich aus dem Bestreben der Kompilatoren erklärt, die i. i. r. und die actio zu verschmelzen (s. oben im Text).

[5] Schulz, a. a. O. 228 f., hat dies überzeugend dargetan.

[6] Kniep, Rsgel. Gai. 157, will diese Verheißung gegen alle Wahrscheinlichkeit auf das Provinzialedikt beschränken.

[7] I. L. 46, 461 ff.

Paul. 1 (44. 7) 35 pr. der Satz, worin die Regel der Unvererblichkeit eingeschränkt wird:

> ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde ui et similibus

nicht klassisch sei. Allein die unklassische Faktur dieses Satzes beweist durchaus nicht, daß sein Inhalt, worin vielleicht eine breitere Ausführung verkürzt wiedergegeben ist, dem klassischen Recht widerspricht. Mir scheint es durchaus glaublich, daß die allgemeine Regel der beschränkten Erbenhaftung bei actiones ex delicto sich im Anschluß an gewisse spezielle Ediktsbestimmungen ausgebildet hat. Was insbesondere die actio metus causa angeht, so kann Albertario seine These hier nur durch eine ganze Reihe von, wie er selbst nicht verkennt,[1] höchst gewagten Interpolationsvermutungen aufrechthalten.[2] In den Kommentaren beziehen sich auf die beschränkte Erbenhaftung außer fr. 19 cit. noch Ulp. 11 h.t. 16 § 2, 20, auf die Erbenhaftung überhaupt Paul. 11 (50. 17) 117.[3]

Bemerkenswert ist — denn es zeigt sich darin die Trennung des Edikts- und des Formelkommentars —, daß bei Ulp. 11 h. t. 14 § 2 (und zwar gewiß auch schon in dem ursprünglichen Text dieser itp. Stelle) schon von der aktiven Vererblichkeit der actio die Rede war, worauf der Jurist in fr. 16 § 2 zurückkommt.

3

Die Formel läßt sich im Anschluß an Ulpians Kommentar im ganzen ziemlich sicher folgendermaßen rekonstruieren:

> S. p. metus causa[4] A^m^ A^m^ fundum q. d. a. N° N° mancipio dedisse[5] q. d. r. a. neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit[6] neque ea res arbitrio iudicis restituetur, q. e. r. erit, tantae pecuniae quadruplum[7] iudex[8] N^m^ N^m^ A° A° c. s. n. p. a.

[1] a. a. O. 463f.

[2] Gegen Albertario: Levy, Privatstrafe 80f., 112f.

[3] Aus dieser Stelle wird das itp. „uel similem" in Paul. 11 (4. 7) 5 hergeleitet sein. Eine Beziehung von (50. 17) 117 zu (4. 6) 23 pr. § 1 (Krüger) vermag ich nicht zu entdecken. Paulus behandelt das Edikt Ex quibus causis maiores erst in lib. 12.

[4] Daher der Name actio metus causa. Daß diese Bezeichnung klassisch war (so EP[1] und EP[2]), ist trotz h. t. 12 § 2, 14 § 15, 21 § 6 nicht sicher; denn diese Stellen sind itp. Schulz, a. a. O. 261[4]. In (13. 7) 22 § 1 ist von einem agere „quod metus causa factum est" die Rede.

[5] Das Paradigma ist natürlich unsicher. Überflüssig und unpassend ist Rudorffs Umschreibung „s. p. metus causa factum esse, ut . . ." Das ist der actio de dolo nachgebildet, ohne auf die Redeweise der Quellen zu achten, (22. 1) 38 § 6, h. t. 9 § 3. 5. 7 und sonst oft. Metus ist Beweggrund, dolus nur beweggrunderzeugend. „Metum in causa fuisse, ut . . ." kommt vor, h. t. 14 § 3, ist aber wohl nur Umschreibung, nicht Kopie der Formel. Fr. 14 § 3 ist itp. (Schulz, a. a. O. 249). Der Ort der Stelle — am Eingang des Formelkommentars — deutet aber auf den, wo in der Formel die Worte metus causa standen.

[6] C. h. t. 4.

[7] Ulp. 11 h. t. 14 § 7. 9–11 h. t. Die Stellen sind z. T. stark itp. (über 14 § 11 vgl. schon Pal. Ulp. nr. 378). Den Schluß des Kommentars bilden ergänzende Betrachtungen über konkurrierende Aktionen, Solidarhaft mehrerer, über den Fall si serui metum adhibuerint, über die Vererbung der actio, vgl. h. t. 14 § 12. 13, 14 § 14. 15, 16 pr., 16 § 1, 16 § 2. 20.

[8] Recuperatores: Cic. in Verr. II, 3 c. 65.

Hierzu noch folgende Bemerkungen.

Die obige Formel läßt nicht erkennen, von wem die Erpressung ausging. Sie würde daher sehr gut zu der Auffassung der actio als actio in rem scripta passen. Diese Auffassung ist aber nicht klassisch, sondern geht, wie Schulz (SZ 43, 240 f.) gezeigt hat, auf Justinian zurück, der die Grundsätze der i. i. r. propter metum auf die actio in quadruplum übertrug. Möglich, daß die klassische Formel deutlich den N^s N^s als den Erpresser bezeichnete (etwa durch Einschiebung der Worte qui metum adhibuit hinter N^o N^o); möglich aber auch, daß die Einschränkung der Haftung auf den Erpresser der Interpretation überlassen blieb.[1] D. (4. 3) 15 § 3 ist itp.

Die Restitutionsklausel „neque ea res arbitrio iudicis restituetur“ ist in fr. 14 § 11 h. t. wörtlich erhalten, freilich hier nicht als zur Formel gehörig, sondern als „verba edicti“ bezeichnet, eine notgedrungene Interpolation, die sich auch sonst nachweisen läßt.[2] Diese Interpolation hat aber veranlaßt, daß einige Gelehrte die Klausel in der Tat dem Edikt zuweisen wollen. So Biondi,[3] dessen Ausführungen ich in der Festschr. f. Sohm (208 f.) widerlegt zu haben glaube, und weiterhin Levy,[4] nur daß dieser an der Restitutionsklausel (nur ohne arbitrio iudicis) auch für die Formel festhält. Aber im Edikt kann nicht, wie Levy annimmt, gestanden haben: Quod m. c. factum erit neque ea res arbitrio iudicis restituetur. Nicht nur, daß man hinter quod m. c. factum erit (oder wie sonst der Eingang des Edikts gelautet haben mag) nicht neque ea res, sondern nisi ea res erwarten müßte, der Prätor kann auch m. E. unmöglich gesagt haben, daß er das iudicium in quadr. nur gewähren werde, wenn nicht nach dem arbitrium des doch erst für dieses iudicium zu bestellenden iudex restituiert werde. Das einfache nisi oder neque restituetur des Edikts war auf die Zeit nicht nur nach, sondern auch *vor* der Litiskontestation zu beziehen; eine Klausel neque arbitrio *iudicis* restituetur aber duldete m. E. keine andere Beziehung als auf die Restitution durante iudicio, konnte also nicht zu den Voraussetzungen der datio iudicii gehören. Richtig ist, daß fr. 14 § 11 das einzige Zeugnis für die Formelmäßigkeit des arbitrio iudicis in der Restitutionsklausel der mit Recht oder Unrecht[5] sog. actiones arbitrariae bildet; aber dies eine Zeugnis schlägt m. E. durch. Richtig ist auch, was Levy ausführt, daß die beiden Worte nach der Auslegung, die die Klassiker dem Wort restituere geben, in der Formel entbehrlich waren; daraus folgt aber nicht, daß dieser Hinweis auf das freie richterliche Ermessen auch schon damals entbehrlich war, als die Formeln der sog. actiones arbitrariae sich zuerst feststellten.

In EP¹ und EP² ersetzte ich das überlieferte arbitrio iudicis durch

[1] Eine Bemerkung dieses Sinns könnte von den Kompilatoren durch das itp. fr. 14 § 3 (s. oben) ersetzt worden sein.

[2] (21. 1) 25 § 9. Pal. II, 893 n. 1.

[3] Studi sulle act. arb. (1913) 38 ff. Vgl. auch Segrè, mél. Girard II, 570.

[4] SZ 36, 22 ff.

[5] Bekanntlich bestreitet Levy in der an gef. Abh. die herrschende Ansicht über den Sinn dieser Bezeichnung.

arbitrio tuo, indem ich davon ausging, daß die klassische Prozeßformel den Judex in zweiter Person anredete. Diese Auffassung ist durch Wlassak in seinem Buch über den Judikationsbefehl (1921)[1] scharf bekämpft worden; er hält dafür, daß die Kondemnationsanweisung in der dritten Person gehalten war, eine Meinung, zu der zwar nicht das im C. Ver. des Gaius wiederholt überlieferte condemna, condemnate, absoluite, wohl aber das originale condemnato und absoluito ebensogut passen würde wie zu jener andern. Ich glaube immer noch, daß die Art, wie der Schreiber des Gaiusmanuskripts seine Vorlage auffaßte, nicht ohne Bedeutung ist, halte aber Wlassaks Deutung jedenfalls für möglich und habe darum das arbitrio iudicis hier und bei allen andern sog. actiones arbitrariae jetzt stehenlassen.[2]

Gegen den Erben des Erpressers ging die actio nur in simplum mit Beschränkung auf die Bereicherung (s. oben). Die Restitutionsklausel blieb hier weg.[3]

§ 40. DE DOLO MALO[4]

Ulp. 11,[5] Paul. 11,[6] Gai. 4,[7] Julian. 4,[8] Fur. Anth. 1,[9] Ped. 8,[10] Pomp. 28.[11]
Ulp. 11 h. t. 1 § 1:

> Verba autem edicti talia sunt: QUAE DOLO MALO[12] FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT[13] ET IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR,[14] *INTRA ANNUM, cum primum experiundi potestas fuerit*,[15] IUDICIUM DABO.

Gai. 4 h. t. 26:

> In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum peruenerit[16] . . .

[1] S. 160. 242.

[2] Vgl. hierzu meine Anmerkung SZ 43, 574.

[3] Vgl., gegen EP² 111, Levy, Konkurrenz 2, 161¹.

[4] D. (4. 3), C. (2. 20 [21]).

[5] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 21, 24, 30, (13. 7) 36, (17. 1) 42, (18. 1) 50, (19. 1) 32, (45. 1) 70.

[6] h. t. 2, 4, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 25, 27, 29, (6. 1) 7, (37. 15) 6.

[7] h. t. 6, 8, 23, 26, 28.

[8] cit. h. t. 7 pr.

[9] h. t. 40.

[10] cit. h. t. 1 § 4.

[11] cit. h. t. 1 § 4, 9 § 3. In fr. 9 § 3 ist gewiß statt XXVII zu lesen: XXVIII.

[12] Ulp. 11 h. t. 1 § 2. 3. Rudorff, EP § 39, fügt hinzu „fraudisue causa", wegen Prob. 5, 5 D. M. F. V. C. = dolo malo fraudisue causa. Allein weder steht es fest, daß jene Worte dem Edikt de dolo entnommen sind, noch beweist Probus für das Hadrianische Edikt.

[13] Ulp. 11 h. t. 1 § 4-ult., 3, 5, 7, 9 pr.-§ 4, (13. 7) 36, (17. 1) 42, (18. 1) 50, (19. 1) 32, (45. 1) 70. Paul. 11 h. t. 2, 4, 18 § 2-5, 20, 22, 25, (6. 1) 7, Gai. 4 h. t. 6, 8, 23. Vgl. auch C. h. t. 2.

[14] Ulp. 11 h. t. 9 § 5, 11, 13, 15 pr.-§ 2. Paul. 11 h. t. 10, 12, 14, (37. 15) 6 cf. h. t. 11 § 1.

[15] Von den Kompilatoren gestrichen wegen c. 8 h. t.

[16] Rudorff l. c. setzt wegen Paul. 11 h. t. 27 hinzu „doloue malo eius factum est quo minus perueniret". Allein der Umstand, daß die Kompilatoren für diese Worte einen andern Juristen heranziehen als denjenigen, der unmittelbar vorher den Inhalt des Edikts referiert hat, macht mir die Ediktmäßigkeit dieser Worte verdächtig; gegen sie spricht auch die Analogie des Edikts über die actio metus causa. Albertario, I. L

An die Erörterung des Edikts schloß sich bei Ulpian sofort die der Formel.[1] Dies zeigt der Fortgang des Kommentars in fr. 15 § 3 h. t.:

In hac actione designari oportet, cuius dolo malo factum sit, [quamuis in metu non sit necesse].

Leider ist von diesem Teil des Kommentars nur wenig erhalten; doch können wir uns gleichwohl unter Zuhilfenahme des Paulus ein ziemlich genaues Bild der Formel verschaffen.

Paul. 11 fr. 16 h. t.:

Item exigit praetor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit. . . .

Auch hat die Restitutionsklausel in der Formel gewiß nicht gefehlt.[2] Hiernach muß die Formel der der actio metus causa ziemlich genau entsprochen und etwa so gelautet haben:

S. p. dolo malo[3] *Ni Ni factum esse, ut*[4] *As As No No* (*Lucio Titio*) *fundum q. d. a. mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit,*[5] *neque ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam*[6] *iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

Die actio aduersus heredem endlich ist erörtert bei Ulp. 11 h. t. 17 § 1, 30, Paul. 11 h. t. 27, 29, Gai. 4 h. t. 26, 28. Hier war hinter quanti ea res erit einzufügen: quod ad eum peruenit. Im Album war sie wahrscheinlich nicht proponiert.[7]

Enthielt das Album neben dem Edikt über die actio de dolo noch die Verheißung einer eigentlichen i. i. r. propter dolum? Dies nimmt neuerdings wieder Biondi[8] an. Die von ihm angeführten Beweisstellen sind m. E. ohne überzeugende Kraft. Die Einzelentscheidungen in den Digesten — (42. 1) 33, (11. 1) 18, (2. 10) 3 § 1, (4. 3) 25 — beziehen sich sämtlich auf

46, 453f. gibt zu, daß das Edikt eine actio adversus heredem verheißen habe, aber nicht auf die Bereicherung; auch sei das nicht die actio de dolo, sondern eine actio in factum gewesen. Aber diese actio i. f. konnte doch kaum etwas anderes sein, als eine actio de dolo defuncti. Vgl. das oben S. 111f. Bemerkte.

[1] Im Hadrianischen Edikt stand gewiß nur eine Formel, wie man auch das bestrittene „nondum Aquilius protulerat de dolo malo formulas“ bei Cic. de off. III, 14 § 60 (vgl. darüber Wlassak, klass. Prozeßf. I, 25ff.) verstehen mag.

[2] Soviel immerhin wird man aus dem Paul. 11 zugeschriebenen, schwer itp. fr. 18 pr. § 1 h. t. folgern dürfen. Vgl. dazu Beseler 4, 122; 1, 62; 2, 92. Biondi, studi 80, und gegen EP² Levy, SZ 36, 18.

[3] In factum, ut bonae fidei mentio fiat: h. t. 11 § 1, 28 i. f., (23. 2) 58, cf. Cic. ad Attic. VI, 1 § 15. Der Schluß von fr. 58 cit. ist übrigens auf Grund der oratio Antonini et Commodi — (23. 1) 16 — geschrieben.

[4] h. t. 18 § 4: dolo cuius effectum est, ut . . .

[5] C. h. t. 8 cf. C. (2. 19) 4.

[6] Post annum in factum in id quod locupletior est: Gai. 4 h. t. 28 i. f.

[7] Arg. h. t. 28, 29. In diesen freilich nicht unberührten Stellen (Albertario, I. L. 46, 456, Solazzi, I. L. 58, 309) wird die Frage nach der Dauer der actio als eine von der Wissenschaft zu entscheidende behandelt; das wäre nicht geschehen, wenn die Formel unter Weglassung der exceptio annalis im Album stand; damit hätte der Prätor die Frage entschieden gehabt. A. M. Karlowa, RG II, 1074f.

[8] Studi sulle act. arb. I, 99ff.

Fälle der restitutio litis, die in einem besonderen Edikt (s. § 45) vorgesehen war. Das (übrigens unklassische) fr. 1 des Titels (4. 1) redet nur allgemein von subvenire, nicht von der Art der Rechtshilfe. Paul. sent. 1, 7, 2 verrät nachklassischen Ursprung schon durch seine Stilisierung. Die Kodexstellen rühren sämtlich erst von Diokletian her. Unter ihnen handelt (2. 36) 3 sicher nicht von einer i. i. r. (denn eine solche kann der „rationalis" nicht gewähren); (4. 44) 5, 8 gebrauchen nicht den technischen Ausdruck i. i. r. und brauchen nicht auf eine solche bezogen zu werden, und in eod. 10 dürften die Schlußworte „i. i. r. competit" kaum echt sein; man fragt sich, was eine i. i. r. in dem entschiedenen Fall dem Verkäufer helfen soll.[1]

§ 41. DE MINORIBUS UIGINTI QUINQUE ANNIS[2]

Ulp. 11,[3] Paul. 11,[4] Gai. 4,[5] Iulian. 4,[6] Pomponius 28,[7] Callistr. 1.[8]
Ulp. 11 fr. 1 § 1 h. t.:

Praetor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM UIGINTI QUINQUE ANNIS NATU[9] GESTUM ESSE DICETUR,[10] UTI QUAEQUE RES ERIT,[11] ANIMADUERTAM.[12]

In diesem Edikt fehlt jede Angabe über die Restitutionsfrist. Wahrscheinlich, daß dieselbe bei Ulpian vorhanden war, von den Kompilatoren aber wegen der bekannten Veränderung der Frist gestrichen worden ist. Jedenfalls kann Rudorffs (EP § 40) Einschiebung „intra annum quo primum experiundi potestas erit" nicht gebilligt werden, da der annus bekanntlich erst a maiore aetate gerechnet wird.

Eine formula rescissoria, so sicher sie häufig gewährt wurde,[13] war nicht proponiert.[14] Ihre Formulierung würde keine Schwierigkeit bieten.

Die Restitutionsberechtigung der Erben des minor war im Edikt wahrscheinlich vorgesehen, aber nicht an diesem Ort (vgl. § 47).[15]

§ 42. DE CAPITE MINUTIS[16]

Ulp. 12,[17] Paul. 11,[18] Gai. 4.[19]
Ulp. 12 fr. 2 § 1 h. t.:

[1] Gegen Biondi auch Schulz, SZ 43, 237[5], der zu erklären sucht, wie die a° de dolo unter den Titel de i. i. r. gekommen ist.

[2] D. (4. 4), C. (2. 21 [22]). Cf. (29. 2) 57 § 1.

[3] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 16, 18, 20, 22, (29. 2) 12, (41. 3) 6, (46. 1) 25, (50. 4) 8, (50. 17) 116 § 1. 2; zu fr. 116 § 1 cit. cf. (46. 1) 51 § 4.

[4] h. t. 10, 14, 23, 24 (cf. *Pal.* I, 985 n. 3), 26.

[5] h. t. 12, 15, 25, 27.

[6] cit. h. t. 11 § 7.

[7] cit. h. t. 7 § 2. 7, 11 § 4, 13 § 1, 16 § 2.

[8] h. t. 45, (4. 8) 41.

[9] Ulp. 11 h. t. 1 § 2 f., 3, 5, (41. 3) 6 cf. h. t. 3 § 3, (50. 4) 8 cf. h. t. 1 i. f.

[10] Ulp. 11 h. t. 7, 9, 11 pr.–§ 2, (29. 2) 12.

[11] Ulp. 11 h. t. 11 § 3-ult., 13, 16 pr.–§ 4, (46. 1) 25 cf. h. t. 13 pr.

[12] An dieses Wort mag sich der Rest des Ulpianischen Kommentars angeschlossen haben, kann aber auch als vom Ediktwortlaut unabhängige Schlußerörterung aufgefaßt werden.

[13] Ulp. 11 h. t. 13 § 1, Gai. 4 h. t. 27 § 2. 3.

[14] Paul. 11 (zur Inskr. s. Pal. I, 985[3]) h. t. 24 i. f.

[15] Anders Rudorff, EP § 40.

[16] D. (4. 5).

[17] h. t. 2, (5. 1) 11, (15. 1) 42, (28. 1) 15, (42. 4) 1, (50. 16) 20.

[18] h. t. 3, 5, 7, 9, (41. 1) 42, (44. 7) 40, (50. 16) 21, cf. h. t. 7 i. f.

[19] h. t. 1, 8, (25. 2) 26 s. § 115.

Ait praetor: QUI QUAEUE, POSTEA QUAM[1] QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMUE[2] SIT,[3] CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE[4] ESSE DICENTUR, IN EOS EASUE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT, IUDICIUM DABO.[5]

Gai. III, 84:

. . . in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et si aduersus hanc actionem non defenda*n*tur, quae bona[6] eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permitti*t*.[7]

Cf. Gai. IV, 38, I. (3. 10) § 3.

Es sind Zweifel darüber möglich, ob die von Gaius hier angeführte Ediktbestimmung an diesem Orte stand. Rudorff[8] trennt sie von dem restitutorischen Edikt, und zwar stellt er die Klausel über den Defensionszwang in den Zusammenhang der Aktionen aus Kontrakten und Delikten gewaltunterworfener Personen, die über die missio in bona zu den übrigen Missionen.[9] Ersteres ist zweifellos ein Fehlgriff: es handelt sich ja hier um die actio aus dem Kontrakt eines Gewaltfreien, der nur nachträglich in fremde potestas gekommen ist. Allein auch letzteres kann nicht gebilligt werden. Der ganze Kern unseres Edikts liegt in dem Defensionszwang und der Androhung der Mission. Es ist kaum denkbar, daß der Prätor die actio rescissoria wider den capite minutus sollte verheißen haben, ohne gleichzeitig in demselben Edikt die weitern Normen zu proponieren, die, solange der capite minutus in der fremden potestas ist, allein den materiellen Erfolg jener actio gewährleisten.[10] Die Vorausnahme dieser missio ist auch sicher nicht auffallender als die derjenigen in bona eius qui uindicem dedit (s. S. 72f.), und ein unterstützendes Moment ist es jedenfalls, daß wir bei Paul. 11 und Ulp. 12 je eine Stelle finden (s. n. 6,

[1] Ulp. 12 h. t. 2 § 2.

[2] Gegensatz: 1. Delikte: Ulp. 12 h. t. 2 § 3 Paul. 11 h. t. 7 § 1; 2. Testament: Ulp. 12 (50. 16) 20, (28. 1) 15; 3. hereditariae actiones: Gai. III, 84, Paul. 11 (44. 7) 40.

[3] Der Konjunktiv gibt die Behauptung des Imploranten wieder.

[4] Ulp. 12 h. t. 2 pr.: Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salua ciuitate contingunt. Cf. Gai. 4 h. t. 1. Woher der anscheinend zu allgemeine Ausdruck? Vielleicht daher, daß das Edikt dem Prätor, qui inter ciues ius dicit, seinen Ursprung dankt, woraus sich die Beschränkung der Tragweite von selbst ergab? Vgl. auch Karlowa, RG II, 253. Andere Erklärungsversuche bei Cohn, Beitr. z. Kde. d. r. Rts. (1880), H. II, 387ff., Eisele, Beiträge 160f., Desserteaux, NRH 1912, 432ff. Letzterer vermutet eine ältere Fassung des Edikts, die nur die beiden Fälle der adrogatio und conventio in manum in sich begriffen hätte. Aus diesem Edikt sei, nimmt er an, der Satz „perinde quasi id factum non sit" in das Julianische Edikt herübergenommen. Ich habe Verdacht gegen die Echtheit dieses Satzes, der, sprachlich genommen, zweideutig ist, nämlich ebensogut auf Wegfingierung des actum contractumue wie auf die der c. d. bezogen werden kann; auch müßte man statt sit erwarten: esset.

[5] Ulp. 12 h. t. 2 § 4. 5. Zu fr. 2 § 4: Ulp. 12 (5. 1) 11. Actio de peculio? Ulp. 12 (15. 1) 42.

[6] Paul. 11 (41. 1) 42: substitutio, quae nondum competit, extra bona nostra est.

[7] Ulp. 12 (42. 4) 1: Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei seruandae causa . . .

[8] EP § 41 [4].

[9] Cf. EP §§ 107. 206.

[10] Mit dem Text Bethmann-Hollweg, CP II, 567 n. 51, Desserteaux, NRH 1912, 434 [1].

S. 117 n. 7), die kaum anders als auf unsere missio gedeutet werden kann, während diese Kommentare im Gebiete der von den Missionen überhaupt handelnden Bücher keine auch nur möglicherweise hierher gehörende Stelle enthalten.[1]

Man kann fragen, warum der Prätor, statt die actio wider den minutus zu restituieren, nicht direkt actio wider den Gewalthaber, ähnlich der actio de peculio verheißen habe. Die Antwort scheint mir einfach. Der minutus und nur er sollte aus den zuvor geschlossenen Kontrakten der ductio unterliegen; auch konnte er später wieder gewaltfrei werden und eigenes Vermögen gewinnen. Die Möglichkeit, sei es durante, sei es soluta potestate wider ihn selbst eine actio zu verlangen, war daher für den Gläubiger von entschiedenstem Interesse, und der Prätor hatte keinerlei Ursache, im Widerspruch hiermit den minutus seiner Schuldnerqualität zu entkleiden und die Haftung ganz und gar auf den Gewalthaber zu überwälzen.[2]

Die fiktizische Formel ist nach Gai. IV, 38 im wesentlichen sicher herzustellen:

Si N^s N^s capite deminutus non esset, tum si N^m N^m A^o A^o . . . dare oporteret, iudex N^m N^m A^o A^o . . . c. s. n. p. a.

Nur darüber kann man zweifeln, ob die Fiktion nicht vielleicht individualisiert, z. B. auf „si N^s N^s a. L. Titio adrogatus non esset" abgestellt wurde;[3] wahrscheinlich ist dies indes nach der Ausdrucksweise des Edikts und des Gaius nicht. Natürlich bedurfte es der Fiktion nur bei formulae in ius conceptae, von denen bei Gai. IV, 38 auch allein die Rede ist.

Der Fall der capitis deminutio media und maxima war im Edikt nicht vorgesehen; die Praxis gewährte hier eine utilis actio in eos, ad quos bona eorum peruenerunt.[4] Ihre Formel ist nicht mit Sicherheit herzustellen. An eine Formel mit der Servianischen Fiktion „si heres esset" wird schwerlich gedacht werden dürfen; einem Lebenden, dazu einem Nichtbürger, einen heres zu fingieren, ging kaum an.[5] Das Wahrscheinlichste ist mir mit Huschke eine Rutiliana (Gai. IV, 35) rescissa capitis deminutione.[6]

[1] Eine solche enthält nur der des Gaius — Gai. 23 (42. 5) 7 ict. Gai. III, 84 —; dies Fragment läßt aber auch andere Beziehungen zu und kann überdies gar wohl einer rekapitulierenden Darstellung angehören.

[2] Anders Cohn, a. a. O. 315.

[3] So Rudorff, EP § 41.

[4] Ulp. 12 h. t. 2 pr., Paul. 11 h. t. 7 § 2. So schon EP². Desserteaux, mél. Cornil I, 195 f. scheint dies übersehen zu haben.

[5] Vgl. Huschke, Nexum 159 n. 229, auch Karlowa, RG II, 1084.

[6] A. M. Karlowa, Beiträge 138 n. 49, und Cohn, a. a. O. 313. Karlowas Argument, nur die minima k. d. könne durch i. i. r. reszindiert werden, ist durch fr. 2 pr. und fr. 7 § 3 h. t., in welch letzterer Stelle der Ton auf aduersus eum etc. liegt, nicht bewiesen. Unverständlich ist mir der Einwand Karlowas (RG II, 1084), die Gewährung einer actio rescissa k. d. könne niemals eigene Haftung des dominus, sondern immer nur Zwang zur Defension des deminutus begründen; in welchem Sinn die Gewährung erfolgte, hing doch ganz von der Bestimmung des Prätors ab. Ähnlich wie Karlowa auch Desserteaux, ét. sur la form. hist. de la Cap. dem. I (1909) 90. Er meint, eine actio rescissa k. d^e würde im Widerspruch mit den Quellen auf eine i. i. r. auch bei k. d. max. und media hinauslaufen. Er vergißt, daß das Edikt a^o resc. wider den minutus selbst verheißt, die der dominus nur übernehmen kann, während es sich hier um eine actio handelt,

§ 43. QUOD *EO* AUCTORE *QUI TUTOR NON FUERIT* [GESTUM (?)] ESSE DICATUR[1]

Ulp. 12,[2] Paul. 12,[3] Gai. 4,[4] Pomp. 30,[5] 31.[6]

Bei Ulp. 12 h. t. 1 § 1. 6, 7 pr. sind folgende Worte als Ediktworte erhalten:

> QUOD EO AUCTORE, QUI TUTOR NON FUERIT,[7] . . ., SI ID ACTOR IGNORAUIT, DABO IN INTEGRUM RESTITUTIONEM.[8]
>
> IN EUM QUI, CUM TUTOR NON ESSET, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE DICETUR,[9] IUDICIUM DABO, UT, QUANTI EA RES ERIT,[10] TANTAM PECUNIAM CONDEMNETUR.

Beide Klauseln bezogen sich, wie aus dem „si id actor ignorauit" der ersten und auch aus den Kommentaren hervorgeht,[11] ausschließlich auf den Fall, wo jemand dadurch, daß er mit einem Pupillen falso tutore auctore Litiskontestation vorgenommen, seinen Anspruch eingebüßt hatte.[12] Für anderweite Fälle der Schädigung durch Kontrakt falso tutore auctore gab es ein anderes iudicium in factum gegen den falsus tutor, das Ulpian erst in lib. 35 kommentierte.[13] Hiernach muß aber das farblose Wort „gestum" in der Digestenrubrik in hohem Maße auffallen, und erwägt man, daß dieses Wort zwar auch in den Kommentaren mehrmals vorkommt,[14] daß aber jede eigentliche Erläuterung dafür in den Digesten fehlt, während es doch der Erläuterung sehr bedürftig gewesen wäre, daß ferner auch die am Schlusse der ersten Klausel stehenden Worte „dabo in integrum restitutionem" in ihrer Fassung den andern Edikten unseres Titels nicht entsprechen, so kann man kaum zweifeln, daß erst die Kompilatoren das unklare gestum in unser Edikt gebracht haben, und daß in seiner ursprünglichen Fassung

die gegen den dominus und nur gegen ihn gerichtet ist. In h.t. 7 § 2 ist der Schluß verdächtig; wenn „nec praetoria iurisdictione seruus ita obligatur, ut cum eo actio sit", und wenn die „utilis actio aduersus dominum danda est", so kann die Übernahme der actio nicht als defensio serui bezeichnet werden; grammatisch anstößig ist, daß Subjekt zu defendatur nicht der unmittelbar zuvor genannte dominus, sondern der seruus ist.

[1] D. (27. 6). Prob. 5, 17: T. A. = tutore auctore. In EP[1] steht dies Edikt (dort § 44) nicht vor, sondern hinter dem Edikt Ex quib. caus. mai. (dort § 43). Die richtige Reihenfolge ergibt der Kommentar des Pomponius. Die Digestenrubrik lautet „quod falso tutore usw." Diese unklassische Bezeichnung des Nichttutors war dem Edikt fremd. Solazzi, I.L. 56, 743[1], arch. giur. 91, 150ff.

[2] h. t. 1, 3, 5, 7, 9.

[3] h. t. 2, 4, 6, 8.

[4] h. t. 10.

[5] cit. h. t. 1 § 3. 4, 7 § 3.

[6] cit. h. t. 9 pr.

[7] Ulp. 12 h. t. 1 § 2–5.

[8] Ulp. 12 h. t. 1 § 6, 3, 5, Paul. 12 h. t. 2, 4, 6.

[9] Ulp. 12 h. t. 7 § 1.

[10] Ulp. 12 h. t. 7 § 2–4, Paul. 12 h. t. 8. Hierher wohl auch Gai. 4 h. t. 10: die Stelle betont, daß der Kläger nur gegen die prozessuale Konsumtion selbst restituiert wird, wegen des anderweiten Schadens aber sich nur an den falschen Tutor halten kann.

[11] Vgl. h. t. 5 i. f., 7 § 3.

[12] Karlowa, RG II, 1099f., will diese Beschränkung zwar für die erste, nicht aber für die zweite Klausel gelten lassen. Gegenüber den im Text erwähnten Tatsachen können allgemeine Erwägungen, wie K. sie a. a. O. — über den Luxus zweier iudicia in factum — anstellt, nicht aufkommen. Der ganz selbständige Kommentar in Ulp. 35 weist auf ein selbständiges Edikt.

[13] Ulp. 35 h. t. 11.

[14] h. t. 1 § 3. 5.

die Beziehung auf das iudicium falso tutore acceptum klarer hervortrat; am Schlusse der ersten Klausel aber wird an Stelle des breitspurigen „dabo in integrum restitutionem" ausdrücklich die Restitution der konsumierten actio verheißen gewesen sein.[1]

Eine der ersten Klausel entsprechende Formel war wohl nicht proponiert. Soweit die Litiskontestation den Anspruch nicht ipso iure konsumierte, bedurfte es auch keiner besonderen reszissorischen Formel, da hier behufs Restitution bloß die exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae verweigert zu werden brauchte. Wo die Konsumtion ipso iure eintrat, mag an eine Fiktion „si ea res q. d. a. in iudicium deducta non esset" gedacht werden.[2]

Die actio gegen den falsus tutor war natürlich in factum konzipiert und entsprach vermutlich genau den Ediktworten. Analoge actio wurde wider denjenigen gewährt, qui dol*um* mal*um* adhibuit, ut alius auctoraretur insciens.[3]

§ 44. EX QUIBUS CAUSIS MAIORES UIGINTI QUINQUE ANNIS IN INTEGRUM RESTITUUNTUR[4]

Ulp. 12,[5] Paul. 12,[6] Gai. 4,[7] Pomp. 31,[8] Iulian. 4,[9] Callistr. 2.[10]

Ulp. 12 fr. 1 § 1 h. t.:

Verba autem edicti talia sunt: SI CUIUS QUID DE BONIS, CUM IS METUS[11] AUT SINE DOLO MALO REI PUBLICAE CAUSA[12] ABESSET INUE UINCULIS[13] SERUITUTE[14] HOSTIUM[Q]UE POTESTATE[15] ESSET,[16] POSTEAUE[17] *NON UTENDO DEMINUTUM ESSE*[18] SIUE CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR: [19]ITEM SI QUIS

[1] Gai. 4 h. t. 10 hat statt gestum: actum. Ich möchte am ehesten vermuten: quod ... iudicium acceptum erit ... in integrum restituam. Vgl. noch Mancaleoni, st. Fadda I, 104 ff., wo die verschiedenen Ansichten über die beiden Klauseln referiert sind.

[2] Rudorff (EP § 43) hat: Si A^s A^s, cum Titium N^i N^i tutorem non esse ignoraret, cum N^o N^o non egisset, tum si *rel.* Das ignorasse des Klägers wurde aber, weil Bedingung der Restitution, schon vom Prätor geprüft und kam in der Formel überhaupt nicht vor. Unter allen Umständen ist mitten in der Fiktion das „cum ... ignoraret" nicht am Platze.

[3] Ulp. 12 h. t. 9 pr. Der Digestentext hat gewiß fälschlich: dolo malo adhibuit.

[4] D. (4. 6), C. (2. 53 [54]).

[5] h. t. 1, 3, 5, 7, 10, 12, 15, 17, 21, 23, 26, 28, (41. 7) 1, (50. 17) 118.

[6] h. t. 6, 13, 16, 18, 22, 24, 27, 30, (41. 3) 8, (2. 8) 6. Vgl. Paul. 3 breu. h. t. 8.

[7] h. t. 25, (41. 3) 9.

[8] cit. h. t. 17 § 1.

[9] cit. h. t. 17 pr. § 1, 26 § 7, (5. 3) 25 § 17.

[10] h. t. 2, 4, 9, 11, 14.

[11] Callistr. 2 h. t. 2 § 1, Ulp. 12 h. t. 3.

[12] Callistr. 2 h. t. 4, Ulp. 12 h. t. 5, 7, Paul. 12 h. t. 6, lib. 3 breu. h. t. 8, Prob. Einsidl. 68: R. P. C. S. D. M. = re*i* publicae causa se d*o*lo malo.

[13] Callistr. 2 h. t. 9, Ulp. 12 h. t. 10.

[14] Callistr. 2 h. t. 11, Ulp. 12 h. t. 12, Paul. 12 h. t. 13.

[15] Callistr. 2 h. t. 14, Ulp. 12 h. t. 15 pr. § 1.

[16] Ulp. 12 h. t. 15 § 2.

[17] Fehlt in h. t. 1 § 1, s. aber Ulp. 12 h. t. 15 § 3, Paul. 12 h. t. 16.

[18] Fehlt in h. t. 1 § 1, s. aber Basil. X, 35, 1: „ἐὰν μειωθῇ τὰ πράγματα τῇ ἀχρησίᾳ," und hierzu Ulp. 12 h. t. 17, Paul. 12 h. t. 18, C. (2. 50 [51]) 2, (8. 50) 18. Auch Ulp. 12 h. t. 23 § 2 dürfte ursprünglich hierhergehört haben. Zu Ulp. 12 h. t. 17 pr. ist Iulian. 4 cit. (5. 3) 25 § 17 zu ziehen. Zu „non utendo" gehört Ulp. 12 (41. 7) 1. Anders denkt sich die Ergänzung des Edikts Karlowa, RG II, 1087.

[19] Ulp. 12 h. t. 21 pr. § 1, Paul. 12 h. t. 22 § 1. 2.

QUID USU SUUM FECISSET[1] AUT QUOD NON UTENDO AMISSUM SIT[2] CONSECUTUS ACTIONEUE QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EIUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR[3] INUE UINCULIS ESSET[4] SECUMUE AGENDI POTESTATEM NON FACERET[5] AUT CUM EUM INUITUM IN IUS UOCARI NON LICERET[6] NEQUE DEFENDERETUR[7] CUMUE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET,[8] SIUE CUI PER MAGISTRATUS[9] SINE DOLO MALO[10] IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR:[11]

EARUM RERUM ACTIONEM[12] INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT:[13]

ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR,[14]

IN INTEGRUM RESTITUAM:[15]

QUOD EIUS PER LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA DECRETA PRINCIPUM LICEBIT.[16]

Auf Grund obigen Edikts ward eine im Album proponierte[17] formula rescissoria erteilt, zu der Ulp. 12 h. t. 28 § 5. 6 und wohl auch Paul. 12 h. t. 30 als Kommentar gehört. Über ihren Bau sind wir durch § 5 I. (4. 6) unterrichtet: sie beruhte auf der Fiktion, daß die Usukapion, wogegen der Prätor restituieren wollte, nicht stattgefunden habe. Wir wissen ferner auch, daß der Restitutionsgrund in der Formel nicht vorkam, da hierüber der Prätor selbst kognoszierte.[18] Die genauere Fassung der Fiktion ist aber streitig. Rudorff (EP § 42) schlägt vor: Si N^s N^s hominem q. d. a. anno non possedisset. Das ist sicher nicht haltbar. So guten Sinn in der formula Publiciana das „si anno possedisset" hat, sowenig ist abzusehen, warum in unserer Formel gerade ein jähriger Besitz wegfingiert werden

[1] Ulp. 12 h. t. 21 § 2, Gai. 4 (41. 3) 9.

[2] *Flor.* in h. t. 1 § 1: amisit. S. aber h. t. 21 pr.

[3] Ulp. 12 h. t. 21 § 2. 3, Paul. 12 h. t. 22 pr., (2. 8) 6 cf. h. t. 21 i. f.

[4] Ulp. 12 h. t. 23 pr. § 1–3 (vgl. S. 120 n. 18). Warum fügt der Prätor hier nicht hinzu „seruitute"? Hierher: Ulp. 12 (50. 17) 118, Paul. 12 (41. 3) 8. S. auch Cuiac. obs. XXII, 17.

[5] Ulp. 12 h. t. 23 § 4, 26 pr. § 1, Paul. 12 h. t. 24, Gai. 4 h. t. 25.

[6] Ulp. 12 h. t. 26 § 2.

[7] Ulp. 12 h. t. 26 § 3.

[8] Savigny, System VII, 182.

[9] *Flor.* in h. t. 1 § 1 sinnlos: pro magistratu. S. aber Ulp. 12 h. t. 26 § 4.

[10] Cf. Ulp. 12 h. t. 26 § 4. 6. In fr. 1 § 1 ist malo ausgelassen.

[11] Ulp. 12 h. t. 26 § 4–8.

[12] Cf. Ulp. 12 h. t. 28 § 5.

[13] Ulp. 12 h. t. 28 § 3. 4.

[14] Ulp. 12 h. t. 26 § 9, 28 pr. § 1, Paul. 12 h. t. 27.

[15] Vgl. Terent. Phorm. II, 4, 10–12. Prob. Einsidl. 69: V. I. I. = *ui*debitur in integrum.

[16] Ulp. 12 h. t. 28 § 2.

[17] h. t. 28 § 5: exemplo rescissoriae actionis. Vgl. C. h. t. 5, (8. 50 [51]) 18.

[18] Paul. 12 h. t. 16. A. M. Dernburg, in den Festgaben f. Heffter (1873) 121 ff., deshalb weil der Prätor Restitution verheißen habe, wenn ein Verlust infolge Abwesenheit, Gefangenschaft usw. auch nur behauptet werde (si dicetur). Dernburg verwechselt Kognition über den Rechtsverlust und Kognition über den Restitutionsgrund. Darüber, ob der Petent ein Recht wirklich verloren habe, hat der Prätor auch nach meiner Ansicht nicht kognosziert — hier genügte ihm die bloße Parteibehauptung (si dicetur) —; wohl aber hat er darüber kognosziert, ob das Recht, das der Petent besessen und verloren zu haben behauptet, wenn er es wirklich besessen haben sollte, dann auf eine Weise verlorengegangen sein würde, die die Restitution rechtfertigt. Und hiermit stimmt die Fassung des Edikts aufs beste: es heißt nicht „si . . . afuisse dicetur", auch nicht „si quid, cum afuerit, deminutum esse dicetur", sondern „si quid, cum abesset, deminutum esse dicetur". A. M. Karlowa, RG II, 1091.

sollte: die Vollendung der Usukapion setzt jährigen Besitz voraus, die Nichtvollendung aber keineswegs jährigen Nichtbesitz. Näher liegt eine Fassung, wonach der Besitz des Beklagten nur auf die Dauer des Hinderungsgrundes, z. B. der Abwesenheit des Klägers, wegfingiert worden wäre, also z. B.: „si Ns Ns hominem q. d. a. C diebus minore quam possedit tempore possedisset" oder „si is homo q. d. a. inter Kal. Mart. et Kal. Iul. usucaptus non esset". Letztere Fassung schlug Keller[1] (neben einer andern) vor, die erste ich in EP².[2] Partsch[3] hat treffend das praktische Bedenken hervorgehoben, das beide Fassungen unannehmbar macht: für die Erbittung der Restitution stand ein voller annus utilis nach dem Aufhören des Hinderungsgrunds zur Verfügung, d. h. nach Umständen weit mehr Zeit als dem Beklagten beim Eintritt des Hinderungsgrunds zur Vollendung der Ersitzung noch fehlte; die während dieses Plus an Zeit vollendete Usukapion aber wäre von jenen eingeschränkten Fiktionen nicht betroffen worden, und der Kläger hätte abgewiesen werden müssen. Allerdings entschied nach den Quellen der Prätor nicht bloß über die Frage, welche Zeit hinwegzufingieren sei, sondern auch über die weitere, wieviel Zeit dem Restituierten zurückzugewähren sei, Ulp. 12 h. t. 26 § 7. 8:

> ... Iulianus libro quarto digestorum ... ait ... rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit et interventu feriarum impeditus est. Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit, ut puta rem tuam possedi uno minus die *statuto in usucapionibus tempore*, deinde rei publicae causa abesse coepi, restitutio adversus me unius diei facienda est.

Allein schon der Umstand, daß Ulpian sich hier auf eine Autorität beruft, zeigt, daß die entschiedene Frage nicht einfach durch die Fassung der proponierten Formel erledigt gewesen sein kann. Ich hatte übersehen, daß das Restitutionsdekret und die Litiskontestation über die actio restituta nicht ein und dasselbe, daß vielmehr jenes nur die Voraussetzung für diese war, zwischen beiden je nachdem ein längerer oder kürzerer Zeitraum liegen, unter Umständen die Litiskontestation auch ganz unterbleiben konnte.[4] Nicht in der Formel war die Zahl der dies restituendi zu bestimmen, sondern im Restitutionsdekret, in dem Sinn, daß der Restituierte innerhalb der rückgewährten Frist die Litiskontestation mit der actio restituta zu vollziehen hatte. War dies geschehen, so mußte der Geschworene selbst dann verurteilen, wenn seit dem Aufhören des Restitutionsgrunds etwa der

[1] CP n. 347.

[2] Veranlaßt durch die Ausführungen Karlowas, RG II, 1091.

[3] SZ 31, 409.

[4] Z. B. dann, wenn unter den Parteien Streit nur über die Frage der Restitution bestand, und der Beklagte, wenn einmal die Restitution bewilligt war, durchaus bereit war, den Kläger zu befriedigen. Oder wenn die actio restituta unter die Zuständigkeit von Munizipalmagistraten fiel, während die i. i. r. nach (50. 1) 26 § 1 vom Prätor zu erbitten war. Die Selbständigkeit des Restitutionsdekrets hat schon Burchardi, Wiedereinsetzung 454 ff., und neuerdings eingehend Duquesne, Cicéron pro Flacco (1908) 33 ff. dargetan. Vgl. auch Partsch, a. a. O.

ganze annus usucapionis von neuem abgelaufen wäre, was nach dem Obigen sehr leicht der Fall sein konnte, ohne daß die utiliter zu berechnende Restitutionsfrist vom Kläger versäumt worden war. Nur ob letztere eingegehalten war, unterlag der Prüfung des Judex, kraft der in der Formel anscheinend ständigen exceptio annalis.[1]

Nach alledem komme ich heute auf die einfache Fassung der Fiktion zurück, die in EP¹ vorgeschlagen war und durch Theophilus bestätigt wird:[2]

> *Si is homo q. d. a. a N° N° usucaptus non esset, tum si eum hominem ex iure Quiritium A^i A^i esse oporteret, q. d. r. a., si non plus quam annus est, cum primum de ea re experiundi potestas fuit,*[3] *neque is homo arbitrio iudicis restituetur, q. e. r. e. t. p.* rel,

Partsch[4] will vor usucaptus noch einen Zusatz einschalten, der es klarstellt, daß nur die nach dem Eintritt des Restitutionsgrunds vollendete Usukapion wegfingiert werden soll (z, B. post Kal. Martias), nicht etwa auch eine schon zuvor vollendete. Das mochte sich der Deutlichkeit halber empfehlen; doch konnte der Judex diese Einschränkung wohl auch schon aus dem q. d. r. a. der Formel herauslesen.

Die Modifikationen, die diese Formel in Anwendung auf sonstige Restitutionsfälle erleidet, sind hier nicht weiter auszuführen. Dagegen noch eine Bemerkung über ihren Namen. Unsere actio wird von Stephanus[5] und ebenso schon frühe im Abendland[6] Publiciana (rescissoria) genannt. Wahrscheinlich geht diese Bezeichnung auf die klassischen Juristen zurück; denn, wenn es in (44. 7) 35 pr. heißt, die Publiciana sei eine actio perpetua, und dann fortgefahren wird:

> sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius ciuile datur,

so liegt es doch wohl am nächsten, unter dieser contra ius ciuile gegebenen actio unsere actio rescissoria zu verstehen, obwohl sie ihrem Wesen nach eigentlich eine uindicatio rescissoria ist; es wäre ja leicht erklärlich, daß man die actio, die eine stattgefundene Usukapion wegfingierte, aus diesem formalen Grunde mit dem gleichen Namen belegte, wie diejenige, die eine nicht stattgefundene Usukapion als vollendet fingierte. Vollbeweisend ist indes fr. 35 cit. doch nicht, da die Möglichkeit einer Beziehung auf die gewöhnliche Publiciana nicht ausgeschlossen ist.[7]

[1] C. h. t. 5.

[2] Zu I. 4, 6 § 5: *ὡσανεὶ εἰ μὴ οὐσουκαπίτευσεν ὁ ἀντίδικος*. Dazu Ferrini, I. L. XVII, 185 f.

[3] Wenn das Restitutionsdekret nicht mit der LC zeitlich zusammenfiel, mußte die exceptio eine Fassung erhalten, die es klarstellte, daß die Jahresfrist für die Restitution gemeint war.

[4] a. a. O.

[5] Sch. in Bas. XIV, 1, 57 (Heimb. II, 138).

[6] Schon in der epitome exact. regib. Vgl. Conrat in seiner Ausg. S. XCI, CCCXVI.

[7] So schon Doroth. sch. 5 in Bas XIV, 1, 57 (Peters, oström. Dig. Kommentare 81 n. 211 hat dies Zitat offenbar übersehen). Vgl. auch Savigny, System VII, 189, Bekker, Aktionen II, 93 n. 33, Enneccerus, Festschr. f. Träger 13.

§ 45. *DE LITE RESTITUENDA*

Ulp. 13,[1] Paul. 12,[2] Iulian. 4.[3]

Das Edikt Quod eo tutore (§ 43) war nicht das einzige, das Aufhebung der Folgen der Litiskontestation bezweckte. Wir begegnen in Ulpians lib. 13 sichern Spuren weiterer hierher gehörender Edikte. Bei Ulp. 13 (26. 7) 25[4] steht die Restitution eines Minderjährigen wider eine zu seinem Nachteil stattgefundene prozessuale Konsumtion in Frage, bei Ulp. 13 (44. 2) 2[5] die Restitution einer durch exceptio dilatoria verlorengegangenen actio. Keine dieser beiden Stellen paßt zu irgendeinem der überlieferten Edikte, die bei Ulp. 13 behandelt sind (de alienatione iudicii mutandi causa facta und qui arbitrium receperint); sie können sich also beide nur auf anderweite Edikte bezogen haben, die von den Kompilatoren aus naheliegenden Gründen gestrichen worden sind. Eines davon mag vielleicht die Restitution der Minderjährigen gegen die prozessuale Konsumtion speziell vorgesehen haben; wir müßten dann annehmen, daß das „quod gestum esse dicetur" des allgemeinen Edikts de minoribus auf die Litiskontestation nicht mitbezogen wurde, was ja an sich sehr wohl denkbar ist.[6] Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls sind wir berechtigt, die zerstreuten Nachrichten, die uns über prozessuale Restitutionsfälle überliefert sind, an dieser Stelle des Edikts einzuschieben, soweit nach der Ausdrucksweise der Quellen in diesen Fällen ediktale Grundlage für die Restitution zu vermuten ist.[7]

I

Gai. IV, 53:[8]

> Si quis intentione p*lus* complexus fu*er*it,[9] *causa cadit,* id est rem perdit nec a praetore in integr*um* restituit*ur,* excep*tis* quibusdam casibus, in q*uibus* . . .[10]

Die bei Gaius nicht lesbaren Ausnahmen sind uns in I. (4. 6) 33 erhalten: Minderjährigkeit des Klägers, für Großjährige magna causa iusti erroris,[11] wobei übrigens dahingestellt bleiben mag, ob nicht die letztere Ausnahme in ihrer allgemeinen Fassung erst aus speziellen Ausnahmen des Edikts abgezogen ist, — es scheint mir diese Annahme den quibusdam casibus des Gaius besser zu entsprechen.[12]

[1] (26. 7) 25, (44. 2) 2.

[2] (6. 1) 8.

[3] (44. 7) 15, cit. (44. 2) 2.

[4] Vgl. über die Stelle: Keller, Litisc. u. Urt. 531 ff.

[5] Vgl. Iulian. 4 (44. 7) 15.

[6] Freilich müßte dann (4. 4) 7 § 4 von den Kompilatoren verändert sein.

[7] Diese Voraussetzung fehlt in den von Solazzi, studi Scialoja I, 693 n. 1, gesammelten Fällen, die sich noch vermehren ließen. Ebenso in den Fällen bei Karlowa, RG II, 1101, soweit sie im Text nicht berücksichtigt sind.

[8] Paul. sent. I, 10 de plus petendo. Die Rubrik steht unmittelbar hinter der Lehre von der i. i. r. Daher dürfte das Fragment zu dieser letztern Lehre selbst gehört haben.

[9] Hierher Paul. 12 (6. 1) 8?

[10] Vgl. Seneca, epist. V, 7 (48) § 10. Sueton. Claud. c. 14.

[11] Vgl. Paul. sent. I, 7 § 2: integri restitutionem praetor tribuit ex his causis: quae per . . . iustum errorem gesta esse dicuntur.

[12] Vgl. auch die constitutio Zenoniana C. (3. 10) 1 § 1 u. 2, wo ebenfalls spezielle Ausnahmen gemacht sind.

2

Gai. IV, 57:

A*t* si in condemnation*e* plus petitum sit quam oportet, actoris qui*dem* periculum nullum est, sed (*reus cum*) iniqua*m* formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio . si uero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum (*actor*) consequitur quod posuit . . . nec ex ea parte praetor in integrum restituit . . .: loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum: nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.

3

Gai. IV, 125:

Se*d* peremptoria quidem exceptione si reus per errore*m* non fu*er*it usus, in integrum restituitur adicienda exceptionis gratia: dilatoria uero si non fu*er*it usus, an in integrum restitu*a*tur, quaeritur.

Dazu:

Diocl. et Maxim. C. (7. 50) 2:

Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat: quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur, nam iudicatum contra maiores annis uiginti quinque non oppositae praescriptionis uelamento citra remedium appellationis rescindi non potest.

Der Widerspruch, in dem c. 2 cit. zum Bericht des Gaius steht, und die Widersprüche in ihr selbst sind nach meiner Überzeugung durch Konjekturalkritik, wie sie Rudorff, Krüger und neuerdings Kipp[1] versucht haben, nicht zu heilen.[2] Die Stelle ist schwer itp., und ein Gleiches gilt auch von den sie scheinbar unterstützenden Stellen C. (8. 35) 8 und D. (12.6) 23 § 3. Wie der ursprüngliche Text lautete, kann hier dahingestellt bleiben.

§ 46. DE ALIENATIONE IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA[3]

Ulp. 13,[4] Paul. 12,[5] Gai. 4,[6] Pedius 9.[7]

Die Schwierigkeiten, die die Wiederherstellung dieses Edikts bietet, sind bekannt. Sie liegen in folgendem. Nach Gai. 4 h.t. 3 § 4 („quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur") und C. h. t. 1 war hier eine i. i. r. verheißen, und dem entspricht auch die Stellung unseres Edikts im Ediktsystem.[8] Näher erörtert ist aber in den erhaltenen Kommentarfrag-

[1] SZ 42, 237.

[2] In diesem Sinn schon EP² 121¹, aber nicht weitgehend genug. Überzeugend jetzt Guarneri Citati, st. Perozzi 252f., s. auch Wlassak, klass. Prozeßformel 152⁶¹.

[3] D. (4. 7), C. (2. 54 [55]).

[4] h. t. 2, 4, 6, (50. 17) 119.

[5] h. t. 8, 10. Fr. 10 ist fälschlich Ulp. 12 inskribiert. Vgl. SZ 37, 116¹.

[6] h. t. 1, 3, 7.

[7] cit. h. t. 4 § 2.

[8] Unter dem Titel de restitutionibus. Vgl. die Bemerkung vor Bas. 10, 37, 13.

menten lediglich eine prätorische[1] actio in factum[2] ex delicto,[3] zuständig gegen denjenigen, der sich durch die Veräußerung der Belangung entzogen hat, und gerichtet auf das Interesse.[4] Das Restitutionsversprechen und die Verheißung dieser actio werden bei Gai. 4 h. t. 3 § 4 anscheinend vollkommen identifiziert:

> Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restituturum se pollicetur, ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quanti eius intersit *rel.*

Es ist aber schon aus grammatischen Gründen klar, daß Gaius so nicht geschrieben haben kann; hinter dem „quod . . . pollicetur" ist der zugehörige, von apparet abhängige Infinitiv ausgefallen; der echte Gaius hatte hier von dem Restitutionsversprechen etwas ausgesagt, was uns der Digestentext vorenthält. Es bleibt also das Problem, in welchem Verhältnis i. i. r. und actio in factum zueinander standen, und dieses Problem ist um so schwieriger zu lösen, als von den Kommentaren zu dem Edikt augenscheinlich nur sehr wenig in die Digesten übernommen ist, dieses wenige aber noch derart sei es durch Interpolationen, sei es durch Glosseme verdorben, daß der Interpret auf Schritt und Tritt unsicheren Boden unter sich fühlt. Ich selbst habe in dieser Frage meine Meinung wiederholt gewechselt,[5] und seit dem Erscheinen von EP² haben andre Schriftsteller[6] abweichende Lösungsversuche unternommen, von denen m. E. kein einziger befriedigen kann. Ich muß hier auf die Kritik verweisen, der ich diese Lösungsversuche — mit Ausnahme des jüngsten von Kretschmar — in der SZ 37, 106 ff. unterzogen habe, und auch Kretschmars Vorschlag[7] hat mich nichts weniger als überzeugt. Er will unterscheiden zwischen alienatio i. m. c. sine dolo malo und dolo malo facta; auf den ersten Fall beziehe sich die Verheißung der i. i. r., auf den zweiten die der actio i. f. Er fußt bei dieser Unterscheidung auf dem, was die Kompilatoren h. t. 4 § 1 den Ulpian sagen lassen, einem sachlich und sprachlich gleich anstößigen Gestammel,[8] und denkt sich den ersten Fall so: „daß der Veräußerer zwar beabsichtigt hat, sich dem iudicium zu entziehen, aber nicht die Position des Gegners zu erschweren, er wußte z. B. nicht, daß der Käufer in einer andern Provinz wohne oder daß er zu der potentiores gehöre"[9] (h. t. 1 § 1, 3 pr.). Ich muß hier auf eine eingehende Widerlegung verzichten und beschränke mich darauf, die schwere Unbilligkeit hervorzuheben, die dem Prätor zur Last fiele, wenn er in solchem Falle i. i. r. gewährt und den Ver-

[1] (10. 3) 24 i. f.

[2] Gai. 4 h. t. 1 pr.

[3] Gai. 4 h. t. 7.

[4] Gai. 4 h. t. 1 pr. § 3. 4, vgl. Ulp. 13 h. t. 4 § 5.

[5] Vgl. EP¹, EP², SZ 37, 104 ff.

[6] Partsch, de l'édit sur l'alienatio i. m. c. f. (1909), Pissard, NRH 1910, 377 ff., Mitteis, SZ 30, 454, Kniep, Gaius 158 ff., Beseler, Beitr. 2, 153 ff., Kretschmar SZ 40, 136 ff.

[7] Ihm anscheinend zustimmend oder nahestehend Schulz SZ 43, 236.

[8] welche von mir (SZ 37, 107²) gebrauchte Bezeichnung Kretschmar 139² freilich nicht gelten lassen will.

[9] a. a. O. 147 f.

äußerer gezwungen hätte, einen Prozeß auf sich zu nehmen, dem er optima fide, vielleicht aus bloßer Prozeßscheu, aus dem Wege gehen wollte.

Meinen eigenen Standpunkt habe ich in der SZ 37, 111 ff. dargelegt — ich verweise auf die dort gegebene Begründung — und muß ihn durchaus festhalten. Die Gewährung der actio i. f. war nicht identisch mit der Verheißung der i. i. r., aber die actio i. f. war das wichtigste und unentbehrliche Mittel zur Durchführung der Restitution. Wir haben uns den Gang des Verfahrens folgendermaßen vorzustellen. Auf Antrag der geschädigten Partei kognosziert der Prätor über die Frage, ob eine alienatio iudicii mutandi causa stattgefunden habe (a. a. O. 112). Bejahendenfalls erläßt er das Restitutionsdekret, wodurch er feststellt, daß die stattgehabte Veräußerung dem Antragsteller nicht entgegengehalten werden könne, ihm gegenüber unwirksam sei. Darüber hinaus ging der Prätor nicht, konnte er nicht gehen, ohne über das Ziel weit hinauszuschießen, insbesondere nicht den Veräußerungsvertrag zwischen Veräußerer und dem möglicherweise durchaus gutgläubigen Erwerber ganz und gar aufheben. Vielleicht setzen sich die Parteien nunmehr friedlich auseinander. Wenn nicht, so waren je nach Umständen verschiedene Wege angezeigt. War Antragsteller der Besitzer gewesen, der sich etwa darüber beschwerte, daß sein Gegner sein angebliches Eigentum an einen potentior übertragen habe,[1] so wurde dem Erwerber einfach die actio denegiert, ihm überlassen, sich an den Veräußerer zu halten, und letzterem auf Verlangen eine actio rescissa alienatione gewährt.[2] War dagegen der Restitutionsantrag von dem angeblich Berechtigten, also dem eventuellen Kläger ausgegangen — gewiß der ungleich häufigere Fall, den die Kommentare allein berücksichtigen —, so war eine actio rescissa alienatione nur in dem seltenen Falle denkbar, wo die Passivlegitimation am Eigentum einer Sache hängt, wie z. B. bei der actio aquae pluuiae arcendae, und auch hier machten sich praktische Bedenken gegen das Beschreiten dieses Weges geltend,[3] weil der Beklagte, der nicht mehr Eigentümer ist, sehr oft außerstande sein wird, dem Begehren des Klägers zu genügen, so daß dessen Anspruch notwendig zum Schadenersatzanspruch wird. Der eigentlich typische Fall der von dem passiv Beteiligten ausgehenden Veräußerung ist aber gar nicht dieser, sondern der der bloßen Besitzentäußerung, durch die er der Klage entgehen will; auch wo er einen Rechtsveräußerungsakt vornimmt, ist das für den Kläger dabei Erhebliche doch meist nur die damit verbundene Besitzentäußerung.[4] Hier nun aber ist eine actio rescissoria ausgeschlossen; denn durch i. i. r. können zwar Rechtsveränderungen, nicht aber tatsächliche Veränderungen rückgängig gemacht werden. Hier konnte der Prätor, wenn er eingreifen und den Nachteil beseitigen wollte, den der Kläger durch die veränderte Besitzlage erlitt, überhaupt nur auf einem Wege helfen: indem er ihn nämlich

[1] Vgl. gegen Mitteis, mél. Girard II, 228 ff.: Kretschmar, a. a. O. 148[1].

[2] Ulp. 5 opin. (4. 7) 11.

[3] S. EP[2] 122 unt.

[4] So z. B. in dem h. t. 3 § 1 erwähnten Fall der Freilassung.

durch eine actio in factum in diejenige Lage zurückversetzte, in der er ohne die Besitzveränderung gewesen wäre, und in dieser Weise hat denn auch der Prätor eingegriffen. Man darf sich nicht darüber wundern, daß der gewählte Weg hier ein anderer ist als in den sonstigen Restitutionsfällen; denn der Fall ist hier anders gelagert als sonst, weil es sich hier und nur hier nicht darum handelt, ein Geschäft ganz und gar aus der Welt zu schaffen, sondern lediglich darum, es für eine bestimmte Partei unschädlich zu machen.

Gegen unsere Hypothese kann auch die Begründung der Entscheidung in c. 1 h. t. nicht ins Gewicht fallen:

> Cum in rem actioni possessio pariat aduersarium, alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur, intellegis, quod si rem, ne secum agatur, qui possidebat uenumdedit et emptori tradidit, quem elegeris conueniendi tibi tributam esse iure facultatem.

Die i. i. r. wird hier nur deshalb in Bezug genommen, um zu erklären, wie der Kaiser dazu kommt, actio (nicht etwa eine uindicatio rescissoria) wider den nicht besitzenden Verkäufer zuzulassen. Was für eine actio, das bleibt unausgesprochen.

Was die Fassung des Edikts angeht, so glaube ich nicht, daß der Prätor in seinem Edikt die besondern Voraussetzungen der actio in factum näher spezialisiert hat. Er wird einfach für den Fall der alienatio iudicii mutandi causa Restitution verheißen, neben diesem Edikt eine Musterformel der actio in factum proponiert und sich stillschweigend vorbehalten haben, je nach Lage des Falls die actio so oder so zu fassen. Von dem Wortlaut ist uns ein Stück bei Paul. 12 h. t. 8 § 1 erhalten:

> Praetor ait: „quaeue alienatio iudicii mutandi causa facta erit".[1]

Quae*ue*: hiernach müßten vorher noch andere Ediktworte gestanden haben. Ranchinus und nach ihm andere schlagen vor:

> Si dolo malo lis in alium translata quaeue alienatio *etc.*

Allein wenn auch in den Kommentaren gelegentlich, statt von einer alienatio, von translatio litis die Rede ist — vgl. h. t. 4 § 1. 3, 11 —, so würden beide Wendungen nebeneinander im Edikt lediglich eine unnütze Tautologie bedeuten. Rudorff (EP § 45) schiebt auf Grund von Gai. 4 h. t. 3 § 1 die Worte „Quae manumissio" vor. Allein fr. 3 § 1 enthält, wie die Vergleichung mit fr. 1 und 3 pr. klar ergibt, ganz wie diese letzteren Stellen, ein bloßes von dem Juristen beigebrachtes Beispiel. Wir müssen auf die Ergänzung der Lücke verzichten. Vielleicht hat auch Cujaz[2] recht, der in fr. 8 § 1 einfach statt „quaeue" liest: quae. Es braucht bloß einmal ein Abschreiber des Paulinischen Kommentars statt $\bar{q}$ (= quae) fälschlich geschrieben zu haben: $\overline{qu}$, so ist die Entstehung des quaeue erklärt.

[1] Dazu Gai. 4 h. t. 1, 3 pr.-§ 3, Ulp. 13 h. t. 4 pr.-§ 4, Paul. 12 h. t. 8 § 1-5, 10, C. h. t. 1.

[2] Opp. V, 165.

Hinter dem „quae alienatio i. m. c. facta erit" standen die Worte „dolo malo",[1] und daran könnte sich wohl ein „in integrum restituam"[2] angeschlossen haben, ebensowohl aber auch irgendeine andere die Restitution verheißende Wendung.

Rudorff schiebt noch, um von den zum Teil sehr umfangreichen Einschiebungen der Ältern zu schweigen, in das Edikt seiner Gewohnheit entsprechend die exceptio annalis ein. Nach fr. 4 § 6, fr. 6, 7 h. t. dürfte aber die Annalbeschränkung wenigstens der actio hier kaum auf Edikttext, sondern eher auf Interpretation beruht haben.

Die Formel der actio in factum enthielt eine Restitutionsklausel[3] und ging auf das Interesse des Klägers.[4] Eine Andeutung über die Gestalt der intentio[5] ist vielleicht folgender Stelle zu entnehmen:

Ulp. 13 h. t. 4 § 5:[6]

> Haec actio in id quod interest competit . proinde si res non fuit petitoris aut si is qui alienatus est sine culpa decessit, cessat iudicium, nisi si quid actoris praeterea interfuit.[7]

Daß Kläger nicht Eigentümer ist oder daß die veräußerte Sache durch Zufall untergegangen ist, scheint hiernach nur deshalb zur Berücksichtigung zu kommen, weil es solchenfalls am Interesse des Klägers fehlt rem alienatam non esse.

§ 47. *DE RESTITUTIONE HEREDUM?*

Ulp. 13,[8] Paul. 12.[9]

Ganz am Schlusse des Titels de restitutionibus beschäftigen sich die Kommentatoren noch einmal mit der Frage der Vererblichkeit des Restitutionsanspruchs. Dahin gehören außer Paul. 12 (50. 17) 120:

[1] Vgl. Ulp. 13 h. t. 4 § 3 (cf. § 1. 4): cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Paul. 12 h. t. 10 § 1.

[2] A. M. Karlowa, RG II, 1093. Gegen ihn SZ 37, 115².

[3] Ulp. 13 h. t. 4 § 6. Paul. 12 eod. 8 pr.: ex hoc edicto tenetur . . ., si arbitratu iudicis pristinam iudicii causam non restituit. Von Biondi, studi 107 wird fr. 8 pr. freilich auf die actio ad exhib. bezogen.

[4] D. h. auf quanti ea res erit. Ulp. 13 h. t. 4 § 5, Gai. 4 h. t. 3 § 4. 5 enthalten Interpretation. Auf „quanti Aⁱ Aⁱ interest alium aduersarium non habuisse" — so Rudorff und alle Älteren — ging die Formel sicher nicht. Die hervorgehobenen Worte kommen nur bei Gai. 4 h. t. 3 § 4 vor, aber wohl nicht als Formeltext, sondern als bloße Interpretation. Bei Ulp. 13 fr. 4 § 5 fehlen sie, und die Bemerkung in fr. 4 § 6 „haec actio non est poenalis" ist nur verständlich, wenn wir eine Fassung der condemnatio annehmen, die den reipersekutorischen Charakter der actio nicht über allen Zweifel erhob. Karlowa, RG II, 1097 vermutet, statt q. e. r. erit, ein q e. r. fuit, mit Rücksicht auf das „habuisse" in fr. 3 § 4 und das „interfuit" in fr. 4 § 5 h. t. Aber „q. e. r. fuit" hinter einer Restitutionsklausel scheint mir nicht möglich.

[5] Der Meinung de Visschers, RH 1925, 193 ff., vgl. auch Perozzi, mél. Cornil II, (1926) 199 ff., daß den Klassikern der Begriff der intentio i. f. conc. fremd gewesen sei, vermag ich, wie hier einfürallemal bemerkt sei, nicht zu folgen. Gegenbeweis liegt für mich schon in Gai. 4, 44 (intentio der praeiudicia).

[6] Nicht aus D. (10. 3) 24 i. f. und C. (2. 54) 1 (so EP² 124 ff.), s. SZ 37, 112.

[7] nisi . . . interfuit *itp.?*

[8] (4. 1) 6, (4. 4) 19.

[9] (50. 17) 120.

Nemo plus commodi heredi suo relinquit quam ipse habuit

namentlich die ausführlichen Erörterungen bei Ulp. 13 (4. 1) 6 und (4. 4) 19. Hatten diese Erörterungen eine ediktale Grundlage, so ging das betreffende Edikt jedenfalls nur auf die Erben restitutionsberechtigter Minderjähriger, arg. fr. 6 cit.:

> Non solum minoris, uerum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum.

Daß nun aber wirklich im Edikt der Restitutionsanspruch der heredes[1] minorum an dieser Stelle vorgesehen war, dafür scheint die Tatsache zu sprechen, daß Ulpian, nachdem er in lib. 11 (4. 4) 18 i. f. die Vererblichkeit des Restitutionsanspruchs der Minderjährigen berührt hat, jetzt nochmals in fr. 6 und 19 cit., mit ganz detaillierter Ausführung des Begriffs successor und der den Erben gewährten Frist, darauf zurückkommt; außerdem das ausdrückliche Zeugnis in fr. 19 cit.:

> Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subueniat: nam post annum uicensimum quintum habebit legitimum tempus (annum *scr.*).

Leider ist dem stark itp. fr. 19 kein unbedingtes Vertrauen zu schenken.[2] Sonst hätten wir anzunehmen, das Edikt habe bestimmt, daß die Erben eines restitutionsberechtigten Minderjährigen innerhalb der dem Verstorbenen noch übrigen Frist[3] Restitution haben sollten, und dann die Ausnahme beigefügt.

Tit. XI

DE RECEPTIS[4]

§ 48. QUI ARBITRIUM RECEPERINT, UT SENTENTIAM DICANT[5]

Ulp. 13,[6] Paul. 13,[7] Gai. 5,[8] Pedius 9,[9] Pomp. 33,[10] Iulian. 4.[11], [12]

Das Edikt lautete:

[1] Vgl. (50. 16) 170.

[2] Vgl. SZ 39, 138.

[3] Hierher Paul. 12 l. c.

[4] D. (4. 8) de receptis: qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant. C. (2. 55 [56]). Über die Worte recipere und receptum s. Wenger bei Pauly-Wissowa s. v. recipere. Vincents Res recepta betr. s. oben S. 33[3].

[5] D. (4. 8). C. (2. 55 [56]).

[6] h. t. 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 21, 23, 25, 27, 29, 31, (39. 1) 16 cf. h. t. 19 i. f., 21 pr., (45. 1) 71 cf. h. t. 29.

[7] h. t. 4, 8, 10, 12, 16, 19, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, (36. 1) 37 [36], (50. 17) 121 cf. h. t. 29.

[8] h. t. 6, 20, 35, (50. 17) 122 cf. h. t. 32 § 7.

[9] cit. h. t. 7 pr., 13 § 2.

[10] cit. h. t. 7 pr., 9 § 1, 11 § 5, 17 § 3, 21 § 4.

[11] h. t. 47, 49, cit. h. t. 17 pr., 19 pr., 21 § 9. 10, 27 § 5.

[12] Nicht hierher, sondern zum Edikt de minoribus gehört Callistr. 1 h. t. 41 (anders Rudorff, EP § 46[2]); denn schon das Edikt ex quibus causis maiores fällt in Callistr. 2.

QUI[1] ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA[2] RECEPERIT,[3] EUM SENTENTIAM DICERE COGAM.[4]

Bis „receperit" sind die Worte in fr. 3 § 2 h. t. zitiert; der Schluß ergibt sich aus den Kommentaren und speziell aus fr. 15 h. t.:

Licet . . . praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum . . .

Die Kommentare zu unserm Edikt beschränken sich nicht auf die Erläuterung der Ediktworte, sondern erörtern außerdem noch die rechtlichen Folgen des Kompromisses für die Parteien nach Maßgabe der gewöhnlichsten Kompromißklauseln, namentlich die Voraussetzungen, unter denen je nach der Fassung der letztern die Kompromißstrafe verfällt.[5]

Das Zwangsmittel gegen den arbiter, im Edikt nicht genannt, war keine actio poenalis, sondern Multierung — fr. 32 § 12 h. t. — oder pignoris capio.

§ 49. NAUTAE CAUPONES STABULARII UT RECEPTA RESTITUANT[6]

Ulp. 14,[7] Paul. 13,[8] Gai. 5,[9] Pomp. 34.[10]

Ulp. 14 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: NAUTAE[11] CAUPONES STABULARII[12] QUOD CUIUSQUE SALUUM FORE RECEPERINT[13] NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO.[14]

Die Formel war auf das receptum nautarum abgestellt[15] und ist bei Ulpian in fr. 3 § 2–4 h. t. kommentiert.[16] Sie dürfte ungefähr folgendermaßen zu rekonstruieren sein:

S. p. N^m N^m,[17] *cum nauem exerceret,*[18] *A^i A^i*[19] *res q. d. a. saluas fore recepisse, nisi restituet,*[20] *q. e. r. e.,*[21] *t. p. iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

[1] Ulp. 13 h. t. 3 § 3, 5, 7, 9, 11 pr., Paul. 13 h. t. 4, 8, 10, Gai. 5 h. t. 6.

[2] Ulp. 13 h. t. 11 § 1-ult., 13 pr. § 1, Paul. 13 h. t. 12, 32 pr.-§ 3, Gai. 5 h. t. 35.

[3] Ulp. 13 h. t. 13 § 2.

[4] Ulp. 13 h. t. 13 § 3. 4, 15, 17, 21 pr.-§ 5, Paul. 13 h. t. 16, 19, 32 § 4-13, Gai. 5 h. t. 20.

[5] Vgl. z. B. Ulp. 13 h. t. 21 § 6-ult., 23, 25, 27, 29, 31, Paul. 13 h. t. 22, 24, 26, 28, 30, 32 § 14 ff., 34.

[6] D. (4. 9).

[7] h. t. 1, 3.

[8] h. t. 4, (19. 2) 42.

[9] h. t. 2, 5, (19. 2) 40.

[10] cit. h. t. 1 § 7, 3 pr.

[11] Ulp. 14 h. t. 1 § 2-4.

[12] Ulp. 14 h. t. 1 § 5.

[13] Ulp. 14 h. t. 1 § 6-3 pr.

[14] Ulp. 14 h. t. 3 § 1.

[15] Arg. h. t. 3 § 2: eodem modo tenentur caupones et stabularii. Dies eodem modo erklärt sich, da die Anwendbarkeit des Edikts auf caupones et stabularii bereits in fr. 1 § 5 erörtert war, lediglich daraus, daß die Musterformel auf die nautae ging. Nicht überzeugend Karlowa, RG II, 1316[4].

[16] h. t. 3 § 5 enthält Schlußerörterungen über konkurrierende Klagen.

[17] Filium familias Ni Ni, seruum Ni Ni cum uoluntate eius nauem exerceret: h. t. 3 § 3.

[18] h. t. 3 § 2: eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo (nautae, de eo quod *ins?*) exercentes negotium suum recipiunt.

[19] Cf. h. t. 1 § 7.

[20] Oder neque restituisse? Das ediktale nisi restituent läßt mich jetzt die obige Fassung vorziehen (anders EP[1], EP[2], dagegen Peters, SZ 32, 296, s. auch Lenel, Festschr. f. Sohm 210[1]). Exceptio wegen uis maior: h. t. 3 § 1.

[21] h. t. 3 § 4. Wahrscheinlich schloß sich

§ 50. *ARGENTARIAE MENSAE EXERCITORES QUOD PRO ALIO SOLUI RECEPERINT UT SOLUANT*[1]

Ulp. 14,[2] Paul. 13,[3] Gai. 5,[4] Pomp. 34,[5] Papin. 3 quaest.[6]

Die vielbesprochene actio recepticia,[7] die aus dem receptum argentariorum hervorging, war, wie sich aus den angeführten Stellen der Kommentare ergibt und von mir anderwärts (s. die n. 1 zit. Abh.) näher nachgewiesen worden ist, an dieser Stelle des Albums proponiert. Dem Streit über die Natur dieser actio habe ich leider durch meine Ausführungen kein Ende gemacht.[8] Hier ist nur auf die für die Rekonstruktionsfrage erheblichen Punkte zurückzukommen.

Ich habe das receptum argentariorum damals für einen formlosen Vertrag, die actio für prätorisch erklärt. Beides ist dann von Karlowa[9] bestritten worden, während Rossello[10] zwar die Formlosigkeit des Geschäfts zugibt, den Ursprung der actio aber dahingestellt sein läßt, und umgekehrt Schloßmann[11] zwar die actio für honorarisch hält, gleichwohl aber für die Formalnatur des Vertrags plädiert. Allein zunächst die Formlosigkeit des Vertrags ergibt sich m. E. zur Evidenz daraus, daß, wie ich seinerzeit gezeigt habe, die Byzantiner das recipere des argentarius und das gewöhnliche constituere mit einem und demselben Wort (*ἀντιφωνεῖν*) bezeichnen,[12] daß ferner weder Justinian in C. (4. 18) 2 noch Theophilus zu I. (4. 6) § 8 eines so wichtigen Unterschieds zwischen receptum und constitutum, wie es der in der Form wäre, gedenken, daß endlich die gedachte Konstitution Justinians überhaupt nur unter der Voraussetzung verständlich wird, daß die äußere Erscheinung von Constitut und receptum die gleiche war: war das receptum ein längst außer Gebrauch gekommener Formalkontrakt, was hatte mit der actio aus ihm die de pecunia constituta zu tun?[13] Freilich nun

hieran eine prätorische taxatio, cf. h. t. 6 § 2 v.: cuius factum praetor aestimare solet. Vgl. § 78.

[1] Vgl. zu diesem Edikt: Lenel, SZ 2, 62 ff.

[2] (13. 5) 27, (17. 1) 28, (46. 3) 52. Vgl. Lenel, a. a. O. 63 f. 66. 67.

[3] (13. 5) 12. Lenel, a. a. O. 63 f.

[4] (13. 5) 28, (46. 1) 30, (46. 3) 53. Lenel, a. a. O. 63 f. 65. 66. 67. Die Beziehung von (12. 2) 27 auf unser Edikt ist mir zweifelhaft geworden, da auch das Edikt de iureiurando in Gai. 5 fällt.

[5] cit. (13. 5) 27.

[6] cit. (17. 1) 28.

[7] C. (4. 18) 2, I. (4. 6) 8 und Theophil. ad h. l., Gloss. Labb. s. v. *ῥεκεπτικία* in Ottos thesaur. III, 1793.

[8] Aus der neueren Literatur vgl. Bekker, SZ 3, 1 ff., Kappeyne v. d. Coppello, Abhandlungen (übers. von Conrat) 1885, 272 ff., Rossello, arch. giur. 45, 3 ff. (daselbst 15 ff. eine Bibliographie), E. Serafini, arch. giur. 45, 552 ff., Karlowa, RG II, 758 ff., Schloßmann, Litis contestatio (1905) 175 ff., Platon, NRH 1909, 290 f., Wenger bei Pauly-Wiss. s. v. receptum argentarii. Sehr ansprechend ist Partschs (SZ 29, 412 ff.) Vermutung hellenischen Ursprungs des Rechtsinstituts.

[9] a. a. O.

[10] a. a. O. 46, 48 ff.

[11] a. a. O. 176 ff. Ebenso Platon a. a. O.

[12] Vgl. auch C. (4. 18) 2 i. f., wo die Worte „quae argenti distractores ... indefensi constituerint" sich offenbar gerade auf rezeptizische *ἀντιφωνήσεις* beziehen.

[13] In sonderbaren Widerspruch verwickelt sich Karlowa a. a. O. Um die Beweiskraft der von mir auf das receptum bezogenen Stellen zu beseitigen, beruft er sich 758 f. auf die Ähnlichkeit zwischen receptum und

werden in C. 2 pr. cit. der außer Gebrauch gekommenen actio recepticia uerba sollemnia zugeschrieben, und daraus haben manche, so insbesondere Karlowa und Schloßmann auf den Formalcharakter des Vertrags schließen zu dürfen geglaubt. Mit den uerba sollemnia, meint Karlowa (a. a. O. 759), seien die uerba gemeint, die das der actio zugrunde liegende Geschäft, das receptum, bezeichneten, und damit sei bewiesen, daß dies Geschäft selbst in sollemnia uerba eingekleidet gewesen sei. Aber in zahllosen Formeln wird der zugrunde liegende Tatbestand durch genau bestimmte Worte bezeichnet, auch in den Formeln der Kauf-, Miet-, Pfandactio; für den Formalcharakter des Geschäfts folgt daraus nicht das geringste; umgekehrt sehen wir z. B. an der Pfandactio, daß die Bezeichnung eines formlosen Geschäfts unter Umständen einen weit größeren Aufwand solcher uerba veranlaßte, als die eines Formalgeschäfts; wie das Beispiel der actio certae creditae pecuniae aus Literalkontrakt und stipulatio certi dartut, fehlt ja gerade bei Aktionen aus Formalkontrakten mitunter jedwede Bezeichnung des zugrunde liegenden Geschäfts. Die sollemnia uerba actionis lassen also niemals einen Schluß auf sollemnia uerba negotii zu. Schloßmann seinerseits (a. a. O. 177) führt aus, Justinian habe mit der Betonung der Formstrenge doch offenbar auf den Grund hindeuten wollen, aus dem die actio recepticia abgekommen sei. Er habe bei Erwähnung der „actio“ wohl an die Klaglibelle seiner Zeit gedacht, die das Klagfundament kurz angegeben hätten, und habe daher bei den fraglichen Worten unter dem Eindruck der Vorstellung gestanden, daß dies auch bei der actio recepticia, wenn sie noch in Übung wäre, so sein müßte, d. h. daß die Klageschrift das dem Petitum zugrunde liegende receptum in seinem Wortlaut, mit seinen sollemnia uerba, hätte wiedergeben müssen. Ein merkwürdiger Gedankengang! Was c. 2 cit. für außer Übung geraten erklärt, wäre hiernach gar nicht die wirkliche actio recepticia, sondern ein fiktives Justinianisches Klaglibell, dessen Inhalt sich Schloßmann nach den Bedürfnissen seiner Beweisführung frei erfindet, — denn was wir aus Theophilus über die Formulierung Justinianischer Klaglibelle erfahren, stimmt durchaus nicht zu dem von Schl. entworfenen Bilde, und es wäre ja auch wunderbar, wenn man irgendwann und irgendwo notwendig oder zweckmäßig gefunden hätte, Formalgeschäfte in Klagschriften statt einfach mit ihrem technischen Namen durch eine Beschreibung ihrer Formalitäten zu bezeichnen. M. E. sind wir nicht befugt, Justinian irgend etwas unterzuschieben, was er nicht sagt. Wenn er von sollemnia uerba actionis spricht, so wird er eben uerba actionis meinen. Nachdem receptum und

constitutum: die werde auch den klassischen Juristen nicht entgangen sein, und so könnten diese, um die dennoch bestehenden Unterschiede hervorzuheben, sehr wohl im Zusammenhang des receptum auch vom constitutum gehandelt haben. S. 759f. aber bemüht er sich zu beweisen, daß das receptum ein ziviler Formalkontrakt gewesen sei, in welchem Falle das receptum dem constitutum nicht ähnlicher gewesen wäre, als z. B. Stipulation oder Literalkontrakt. In welcher Weise sich Schloßmann a. a. O. mit den im Text bezeichneten Argumenten abfindet, muß man bei ihm selbst nachlesen.

constitutum sich bei den Griechen zu dem allgemeinen Begriff „ἀντιφώνησις“ verschmolzen hatten, war die actio recepticia, die das abgeschlossene Geschäft förmlich („uerbis sollemnibus“ sagt nicht mehr als dies) als receptum bezeichnete, aus der Praxis verschwunden, weil diese mit zwei Klagen aus ἀντιφώνησις nichts anzufangen wußte. Das allein wird Justinian haben andeuten wollen.

War das receptum ein formloser Vertrag, so ist damit allein schon der prätorische Ursprung der actio entschieden. Ein formloser Kontrakt des ius strictum — diesem müßte ja das receptum seinem Recht nach zugezählt werden — wäre beispiellos. Es fehlt aber nicht an unterstützenden Argumenten. Niemals hätte Theophilus bei I. (4. 6) 8, wo die actio de pec. constit. als erstes Beispiel einer prätorischen actio in personam aufgeführt wird und wo er die sonstigen Unterschiede zwischen ihr und der actio recepticia aufzählt, gerade diesen in solchem Zusammenhang nächstliegenden Gegensatz zwischen den beiden Geschäften übergehen können. Unerklärlich wäre ferner die Stellung der actio unter dem Titel de receptis.[1] Wohl kommt es auch sonst vor, daß der Prätor zivile und prätorische Rechtsmittel unter dem gleichen Titel miteinander vereinigt. Aber dann handelt es sich um solche, die systematisch enge zusammengehören, wie etwa rei uindicatio und Publiciana, actio furti nec manifesti und manifesti u. dgl. Der Titel de receptis aber verdankt — was auch die Gründe sein mögen, die die drei recepta zusammengeführt haben, — seine Stellung im System des Edikts ganz gewiß lediglich dem receptum arbitrii. War die recepticia zivil, so müßten wir annehmen, daß ein prätorisches Rechtsinstitut die doch zweifellos ältere zivile actio an seinen Ort attrahiert und ihrer natürlichen Stellung unter dem Titel de rebus creditis entzogen habe. Wer wird dergleichen für wahrscheinlich halten?[2] Endlich bleibt als letzter Gegengrund gegen zivilen Charakter der actio noch die Tatsache bestehen, daß das zivile Privatrecht nirgends sonst Sonderrecht eines bestimmten Berufsstands ist. Wenn Rossello dies bestreitet und sogar (S. 54) behauptet, es gäbe „molte norme“ dieser Art, so wird man den Beweis dieser Behauptung abwarten müssen. Vorläufig führt er als einziges Beispiel das Sonderrecht der milites an: diese aber sind für das Zivilrecht kein Berufsstand.

Edikt und Formel betrafen nur das receptum der argentarii.[3] Sie betrafen nur das receptum pro alio.[4] Das receptum ging auf solui oder se soluturum esse.[5] Entsprechend figurierte wahrscheinlich das Nichterfolgt-

[1] Das Folgende gegen Rossello, a. a. O. 54.

[2] S. auch Serafini, a. a. O. 555 ff.

[3] Theophil. l. c., Gloss. Labb. l. c.

[4] Ulp. 14 (13. 5) 27, Gai. 5 eod. 28. S. ferner Lenel, a. a. O. 66. Vgl. auch Cic. ad famil. XIII, 50 § 2. A. M. Schloßmann, a. a. O. 181 n. 2.

[5] Ulp. 4 (2. 13) 6 § 3: quod solui *recepit* (D.: constituit). Gai. 5 h. t. 28: ubi quis pro alio *recepit* (D.: constituit) se soluturum. Geleugnet von Karlowa, a. a. O. 760; das receptum sei ja kein Erfüllungsversprechen gewesen. Ich bin im Gegenteil der Meinung, daß das receptum, so gut wie das Solutionskonstitut, formell stets ein Solutionsversprechen war. Theophilus macht in dieser Beziehung zwischen beiden Aktionen keinen

sein der solutio als Kondemnationsbedingung in der Formel.[1] Die Worte

Quod argentariae mensae exercitores pro alio solui receperint, nisi soluetur, iudicium dabo

dürften daher, ohne alle Garantie für den genauen Wortlaut, ein im wesentlichen richtiges Bild des Ediktinhalts geben.

Tit. XII

§ 51. *DE SATISDANDO*[2]

Ulp. 14,[3] Paul. 14,[4] Gai. 5.[5]

Aus dem Inhalt der in n. 3–5 angeführten Kommentarfragmente läßt sich erkennen, daß im Edikt hinter dem Titel de receptis ein solcher de satisdando stand, und es wird dies durch die Aufeinanderfolge der Rubriken de receptis (2. 55) und de satisdando (2. 56) im Justinianischen Codex sowie auch dadurch bestätigt, daß in Paul. sent., wo der Titel de receptis fehlt, der Titel de satisdando unmittelbar auf den von den Restitutionen handelnden Abschnitt (I, 7–10) folgt.

Über den Inhalt unseres Titels geben uns die erhaltenen Kommentarfragmente nur unvollständigen Aufschluß; die Schere der Kompilatoren hat hier, da ja das Justinianische Satisdationsrecht auf ganz anderm Boden steht wie das klassische, begreiflicherweise sehr schlimm gehaust, und bei dem, was sie übrig ließ, fragt sich immer noch, ob uns darin der Inhalt ediktaler Vorschriften oder nur der prätorischen Praxis überliefert ist.

Die Punkte nun zunächst, die wir in den zitierten Kommentarfragmenten behandelt finden, sind folgende:

1. Begriff der satisdatio. Gai. 5 (2. 8) 1.

2. Die prätorischen Satisdationen sind durch Bürgen zu stellen. Ulp. 14 (46. 5) 7.

3. Die Bürgen müssen idonei sein — Ulp. 14 (2. 8) 7 pr., Paul. 14 eod. 8 § 1–3 —, und ist Streit über ihre Tauglichkeit, so kann die Entscheidung darüber vom Prätor einem arbiter anvertraut werden. Gai. 5 eod. 9.

4. Si necessaria satisdatio fuerit et non facile possit reus ibi eam praestare ubi conuenitur: potest audiri, si in alia eiusdem prouinciae ciuitate satisdationem praestare paratus sit. Ulp. 14 eod. 7 § 1. Technischer Aus-

Unterschied. Der wirkliche Unterschied war m. E. lediglich der, daß, wenn ein Bankier solui recepit, die Kondemnationsanweisung, anders als in der Konstitutsklage, nicht an die Bedingung „eam pecuniam debitam fuisse" geknüpft war. Dazu allein scheint mir die Darstellung des Theophilus zu stimmen.

[1] Arg. Ulp. 14 (46. 3) 52: satisfactio pro solutione est. Gai. 5 (12. 2) 27: iusiurandum etiam loco solutionis cedit. Doch ist es (s. oben S. 132 n. 4) zweifelhaft, ob letztere Stelle hierhergehört.

[2] C. (2. 56 [57]).

[3] (2. 8) 7, (5. 3) 5 pr., (46. 5) 7, (46. 7) 9; (50. 16) 23?

[4] (2. 8) 8.

[5] eod. 1, 9, (50. 17) 125.

druck für diese Gestattung war, wie es scheint, „mitti in municipium". Sie erfolgte nur nach vorgängigem Kalumnieneid und causa cognita. Paul. 14 cod. 8 § 4–6. Nach der Ausdrucksweise des Paulus in diesem Passus dürfte der Punkt im Edikt vorgesehen gewesen sein.

5. Die quantitas satisdationis, cf. Ulp. 14 (46. 7) 9:

> Iudicatum solui stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiauerit.

Ob auch Ulp. 14 (50. 16) 23[1] in diesen Zusammenhang gehört, muß dahingestellt bleiben.

6. De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores conuenire. Paul. 14 (2. 8) 8 pr. Darüber stand also nichts im Edikt.

7. Folgen der Nichtbestellung der cautio iudicatum solui und pro praede litis et uindiciarum. Hierher gehören mehrere Bestimmungen.

a) Ulp. 14 (2. 8) 7 § 2:

> Si satisdatum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc iudici sederit, donec uel satisdatio detur uel lis finem accipiat.

An dieser Stelle ist nichts echt; aber die Inskription Ulp. 14 läßt vermuten, daß das Edikt und zwar vermutlich an diesem Orte Normen über die Folge des rem mobilem non uti oportet defendere aufstellte, und es kann, wenn man die Analogie der Interdikte Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum[2] heranzieht, kein Zweifel darüber sein, daß diese Folge, vorausgesetzt daß der Kläger seinerseits Satisdation stellte,[3] in einer translatio possessionis bestand.[4] Wie diese letztere ins Werk gesetzt wurde, erfahren wir aus (2. 3) 1 § 1: es tritt hier nicht, wie bei Erbschaften und Grundstücken, ein restitutorisches Interdikt ein, sondern ein einfaches duci uel ferri iubere seitens des Prätors:[5]

> Is uidetur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: ueluti si quis rem mobilem uindicari a se passus non est,[6] sed duci eam uel ferri passus est.

b. Ulp. 14 fr. 5 pr. (5. 3):

> Diuus Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis uel rerum eius restitutione satisdare: causa autem cognita, etsi non talis data sit satisdatio sed solita cautio, etiam post litem coeptam.[7] (§) Deminutionem

[1] Rei appellatione et causae et iura continentur.

[2] S. unten § 229. 248.

[3] Arg. Paul. sent. I, 11 § 1: si petitor satisdare noluerit.

[4] Vgl. auch Fur. Anth. 1 (6. 1) 80. Das dicere se non possidere in dieser Stelle ist ein Fall des rem non uti oportet defendere. Man achte auf die Analogie der actiones noxales, wo bekanntlich die Unterlassung der Defension ductio des Sklaven nach sich zieht. (2. 9) 2 § 1, (9. 4) 26 § 6, 32, 33.

[5] Dazu jetzt Pissard, ét. Girard 241 ff.

[6] d. h. offenbar soviel als rem uti oportet non defendit.

[7] Hierher gehört der Punkt. Die meisten älteren Ausgaben setzen ihn vor causa autem cognita und lesen hinter post litem

> se concessurum praetor edixit, ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias impediat, ut puta si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia deminutionem permittit . item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem soluatur, pignus distrahatur . sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio . sed et res tempore perituras permittere debet praetor distrahere.

Der Eingang der Stelle ist stark interpoliert. Er lautete m. E. ursprünglich so:[1]

> Diuus Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: causa autem cognita, etsi pro praede litis et uindiciarum satisdatum sit, etiam post litem coeptam. Deminutionem *et rel.*

Die so restituierte Stelle gibt uns Kunde von zwei Edikten. Von dem einen unmittelbar:

> Deminutionem se concessurum praetor edixit.

Der Prätor erklärt, daß er unter Umständen — ohne Zweifel hieß es in dem Edikt: si iusta causa esse uidebitur — dem beklagten Erbschaftsbesitzer die Veräußerung von Erbschaftssachen gestatten werde. Ein solches Edikt setzt augenscheinlich voraus, daß es Fälle gab, in denen dem possessor die deminutio als Regel nicht gestattet war. Nun ist bekannt, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot für den beklagten Besitzer zur Zeit Hadrians nicht existierte,[2] daß hingegen allerdings der Prätor das Recht in Anspruch nahm, nach Umständen ein solches Verbot zu erlassen,[3] (44. 4) 17 § 2:

> . . . hereditatem ab emptore petit et, ne quid ex ea minueret, impetrauit.

(41. 4) 7 § 5:

> Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere uetuit, usu non capiet.

Vgl. (28. 8) 7 pr., (18. 1) 26. Das Edikt nun über das Deminutionsverbot hat — es ist dies mehr als bloß wahrscheinlich — direkt vor dem Edikt über die Deminutionserlaubnis gestanden, und, welches die Bedingungen waren, unter denen der Prätor ein solches Verbot zu erlassen verhieß

coeptam ununterbrochen weiter, so daß der ganze Satz von causa autem cognita an auf das edictum de deminuendo bezogen wird, wobei kein erträglicher Sinn herauszubringen ist. Francke, Komm. über den Pandektentitel de h. p. 26, setzt den Punkt, m. E. nicht minder unpassend, schon hinter causa autem cognita, im Anschluß an einige alte Digestendrucke. Bei deminutionem beginnt nach meiner Auffassung ein ganz neuer Absatz des Kommentars. In den neueren Stereotypausgaben der Digesten (seit 1889) ist meine Interpunktion angenommen.

[1] Pal. zu Ulp. nr. 478.

[2] Dies übersieht, wie mir scheint, Gradenwitz, Interpolationen 68, wenn er meiner Auffassung der Stelle die Grundsätze über Veräußerung der res litigiosae entgegenhält. Bekanntlich wurde erst durch Justinian dem beklagten Besitzer die Veräußerung der streitigen Sache gesetzlich verboten. Den Kompilatoren wird bei Aufnahme des Fragments sein Widerstreit mit dieser Neuerung entgangen sein.

[3] Francke, a. a. O. 25f.

können wir aus dem im Anfang des fr. 5 pr. cit. mitgeteilten Reskript des Antoninus Pius mit aller Sicherheit schließen. Das Reskript wird nach der richtigen Interpunktion der Stelle für zwei Sätze angeführt. Einmal dafür, daß der Magistrat — natürlich nur auf Antrag — für die Zeit vor der lit. cont. ein Veräußerungsverbot erlassen solle (hier schoben die Kompilatoren ihre Ausnahme „nisi maluerit *et rel.*" ein). Zweitens dafür, daß causa cognita die Veräußerungsbefugnis auch post litem coeptam entzogen werden könne, und zwar auch dann, wenn der beklagte Besitzer die cautio pro praede litis et uindiciarum gestellt habe, wo ja der Kläger normalerweise schon ohnehin gegen Verlust gesichert war (darum die Vorschrift besonderer causae cognitio). Hiernach war im Edikt nicht vorgesehen: 1. das Verbot der Veräußerung vor der Litiskontestation, 2. das Veräußerungsverbot post litem coeptam bei ordnungsmäßig gestellter Prozeßkaution, — für beide Fälle beruft sich ja der Jurist auf kaiserliches Reskript. Danach aber bleibt für das prätorische Edikt nur der Fall übrig, wo der Beklagte cautio pro praede litis et uindiciarum (oder cautio iudicatum solui) nicht gestellt hatte. Solchenfalls hatte bekanntlich der Kläger Anspruch auf translatio possessionis mittels des interdictum Quam hereditatem, aber nur, wenn er sich zur Satisdation erbot; andernfalls blieb der Besitz dem Beklagten, wie in Paul. sent. I, 11 § 1 ausdrücklich gemeldet wird:

> Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur et, si *satis* non detur, in petitorem hereditas transfertur: si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanebit: in pari enim causa potior est possessor. Vgl. (37. 10) 6 i. f.

Gerade für diesen Fall nun dürfte der Prätor ein Veräußerungsverbot causa cognita verheißen haben, um den Kläger — wie schwer mag es für arme Leute oft gewesen sein, Bürgen aufzubringen! — gegen die Gefahr sicherzustellen, die der kautionslose Besitz des Beklagten mit sich brachte,[1] und hieran knüpft das rescriptum diui Pii erweiternd an, indem es einerseits auch die Zeit vor der Litiskontestation, wo der Kläger bis zur Stellung der cautio p. p. l. u. oder iudicatum solui[2] schwer gefährdet war, hereinzog,

[1] Ganz anders Naber obs. 103 (Mnem. 40, 393 ff.). Er meint, ein Veräußerungsverbot im obigen Falle wäre ohne Zweck gewesen, da der Erbschaftsbesitzer ja auch ohne das Verbot nicht wirksam hätte veräußern können. Er übersieht, daß auch die bloße tatsächliche Vornahme von Veräußerungsgeschäften zur Verschleuderung der Erbschaft führen kann, übersieht ferner den Ausschluß der Ersitzung für den bösgläubigen Erwerber — (41.3) 12 — und endlich auch, daß der Beklagte bonorum possessor sein und als solcher ohne das Verbot iure praetorio wirksam hätte veräußern können. Der Prätor war natürlich in der Lage, dem Verbot bei Übertretung Nachdruck zu geben, z. B. durch translatio possessionis an den Kläger.

[2] Gestellt wurden diese Kautionen regelmäßig (eine Ausnahme s. unten § 281, s. auch Petot, défaut in iud. [1912] 44[2]) gewiß erst kurz vor der bevorstehenden Litiskontestation, so daß während der Dauer des Verfahrens in iure der Kläger schutzlos war. Die Fassung des Textes in der 1. Aufl. („die Zeit vor dem Prozeß, wo von einer cautio p. p. l. u. oder i. s. i. d. R. noch keine Rede sein kann") wollte nichts andres besagen, war aber ungenau und daher dem Mißverständnis ausgesetzt (vgl. Wlassak, SZ 25, 134 n. 2).

andererseits der Tatsache Rechnung trug, daß auch die gestellte Kaution zur Wahrung der klägerischen Interessen nicht unter allen Umständen ausreicht. —

Fassen wir nun rückblickend die Gesamtheit der unter Ziff. 1–7 erörterten Fragmente ins Auge, so wird man kaum zweifeln können, daß der Edikttitel de satisdando nicht etwa bloß das Wie der satisdationes praetoriae überhaupt regelte, sondern — abgesehen von der bereits unter dem Titel de cognitoribus et procuratoribus geordneten cautio de rato des klagenden Prokurators — das gesamte Recht der Prozeßkautionen enthielt, wie es uns bei Gai. IV, 88 ff. überliefert ist: sozusagen, das Programm für die am Schlusse des Albums aufgestellten Formulare der cautio p. p. l. u. und iudicatum solui. Daß diese umfangreiche Lehre gleichwohl in den Kommentaren, zumal in demjenigen Ulpians, nicht besonders viel Platz beansprucht zu haben scheint, erklärt sich daraus, daß die Juristen hier überall auf die spätern ausführlichen Kommentare zu den Kautionsformularen verwiesen haben werden. —

Ich stelle zum Schluß den nach obigem teils wahrscheinlichen teils sichern Inhalt unseres Titels zusammen.

I. Quibus ex causis satisdetur.

A. Satisdationspflicht des Beklagten bei actiones in rem,[1] Gai. IV, 91:

1. Si
   a) per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solui.
   b) p*er* sponsionem, illa quae appellatur pro praede litis et uindiciarum.
2. Wird die Satisdatio nicht geleistet, so kann der Kläger
   a) wenn er Satisdation leistet, translatio possessionis verlangen,[2]
   b) wenn er nicht Satisdation leistet, immerhin bei Erbschaftsprozessen ein Veräußerungsverbot — causa cognita — erwirken, von dem aber, wiederum causa cognita, Ausnahmen zugelassen werden.

B. Satisdationspflicht des Beklagten bei actiones in personam.

Diese findet nach Gai. IV, 102 nur certis ex causis statt, quas ipse praetor significat, nämlich:

1. propter genus actionis, ueluti iudicati depensiue aut cum de moribus mulieris ag*i*tur.
2. propter personam, ueluti si cum eo agitur qui decoxerit cuiusue bona (*a*) creditoribus possessa proscriptaue sunt[3] siue cum eo herede agatur quem praetor suspectum aestimauerit.

[1] Cf. Vat. 92. 336.

[2] Hier mag im Edikt vielleicht auf die Interdikte Quam hereditatem usw. verwiesen worden sein.

[3] Cic. pro Quinctio c. 8 § 30: a . . . praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solui satisdet, ex formula quod ab eo petat QUOIUS EX EDICTO PRAETORIS BONA DIES XXX POSSESSA sint.

C. Satisdationspflicht der Stellvertreter des Beklagten, Gai. IV, 101: ab eius . . . parte cum quo agitur, si . . . alieno nom*ine* aliquis interueniat, omnimodo satisdari debet[1] . . .: sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur: si uero cum procuratore, ipse procurator.[2] idem et de tutore et de curatore iuris est.

II. Quem ad modum satisdetur.[3]

Hierher gehört die oben unter Ziff. 4 erwähnte Bestimmung über das mitti in municipium und wohl auch das, was im Edikt über die Tauglichkeit der Sponsoren gesagt gewesen sein wird (ob. Ziff. 3).

Tit. XIII

§ 52. *QUIBUS CAUSIS PRAEIUDICIUM FIERI NON OPORTET*

Ulp. 14,[4] Paul. 15,[5] 16.[6]

Wir finden bei Ulp. 14 eine Reihe von Stellen, deren gemeinsamer Gesichtspunkt der in der obigen Rubrik angegebene zu sein scheint, und eben dieser Gesichtspunkt paßt auch auf die einzige aus Paul. 15 erhaltene Stelle.

Paul. 15 (48. 1) 2 handelt von der Einteilung der iudicia publica in capitalia und non capitalia: daß eben diese Einteilung für die Frage, ob ein Zivilprozeß bis zur Beendigung eines Kriminalverfahrens zu sistieren sei, bedeutungsvoll war, ist nicht zu bezweifeln. Man mag darüber streiten, ob die bei Cicero[7] erwähnte exceptio „extra quam in reum capitis praeiudicium fiat" in das Hadrianische Edikt übergegangen ist oder ob der Vorrang der Kapitalsachen zur Zeit der Digestenjuristen stets durch prätorisches Präjudizial**dekret** gewahrt wurde:[8] aber ein Vorrang der **Kapitalsachen**, **ausschließlich** der Kapitalsachen ist es wohl im einen wie im andern Fall geblieben, wie sämtliche hierher gehörige Quellenentscheidungen beweisen.[9] Auch Ulp. 14 (5. 3) 5 § 1 dürfte einer Erörterung über diesen Vor-

[1] Cf. Gai. IV, 90.

[2] Cic. pro Quinctio c. 7 § 29, in Verr. II, 2 c. 24 § 60. Vat. 317, c. un. (2. 56 [57]).

[3] Nach Paul. 14 (2. 8) 8 § 4 hat es den Anschein, als ob die hierhergehörigen Vorschriften mit Bezug nicht allein auf die cautio p. p. l. u. und iud. solui aufgestellt gewesen seien: Paulus erwähnt hier gelegentlich des mitti in municipium auch die cautio rem pupilli saluam fore, die cautio usufructuaria u. a. m. Indes ist eine solche Ausdehnung des Titels doch sehr unwahrscheinlich, und ich vermute eher, daß die Wissenschaft das, was unser Titel hinsichtlich gewisser Prozeßkautionen verordnete, dann auf alle cautiones necessariae erstreckt hat.

[4] (5. 3) 5 § 1. 2, (8. 5) 1, s. ferner S. 141 n. 3.

[5] (48. 1) 2.

[6] S. unten S. 141 n. 4.

[7] De inuent. II, 20 § 59. 60.

[8] Für letzteres **Bülow**, Prozeßeinr. und Prozeßvorauss. 174 ff.; für die Möglichkeit der exceptio dagegen **Naber**, obs. 83, Mnemos. 27, 274 n. 3. Nimmt man mit mir (s. oben S. 91 f.) an, daß der Prätor auch ohne Antrag die Gewährung der Formel von der Einrückung von Exzeptionen abhängig machen konnte, so verliert **Bülows** Argumentation die überzeugende Kraft, die ich ihr in der 1. Aufl. beimaß.

[9] Vgl. (5. 3) 5 § 1, (48. 6) 5 § 1 = (5. 1) 37, (40. 12) 7 § 4, C. Theod. (9. 19) 2, C. Iust.

zug angehört haben: sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.

Der Vorrang der hereditatis petitio vor den erbschaftlichen Singularklagen ist bekannt. Hierher gehört Ulp. 14 (5. 3) 5 § 2:

> Eorum iudiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, (centumuiralis iudicii *scr.*?) ea auctoritas est, ut nihil in praeiudicium eius iudicii fieri debeat.

Fr. 7 eod. bespricht näher das Verhältnis zwischen Erbschafts- und Freiheitsprozeß.

Der Eigentumsfrage darf durch Servitutprozesse nicht vorgegriffen werden.[1] Hierher gehört Ulp. 14 (8. 5) 1:

> Actiones de seruitutibus rusticis siue urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt: sepulchra autem nostri dominii non sunt: adquin uiam ad sepulchrum possumus uindicare.[2]

Nach alledem halte ich es für höchst wahrscheinlich, daß im Edikt die Inhibierung ungehöriger Präjudizien vorgesehen war. Über den Inhalt der betreffenden Klauseln aber wage ich keine bestimmte Vermutung, da wir den oben angeführten Stellen nicht ansehen können, ob sie eigentlichen Kommentar oder bloß angeknüpfte Erörterung enthalten.

In unmittelbarer Nachbarschaft der soeben besprochenen Fragmente — nämlich bei Ulp. 14,[3] Paul. 16[4] — begegnen wir der Erörterung des Rechts der querela inofficiosi testamenti. Die Tatsache, daß wir in den Ediktkommentaren diese Erörterung finden, hat fast alle Bearbeiter[5] des Edikts bestimmt, in es eine Rubrik de inofficioso testamento aufzunehmen. Ist diese Ansicht richtig, so wird die Materie durch die Edikte über das Präjudizialverhältnis attrahiert sein:[6] es ist ja bekannt, daß die Querel bis

(9. 22) 2, (9. 9) 32. Danach ist die publica quaestio in (43. 5) 5 und die criminalis quaestio in C. (3. 8) 4 zu interpretieren. A. M. Naber, a. a. O. 260, (est igitur maior criminalis causa quam civilis). Ein Mißverständnis ist es, wenn Naber, a. a. O. 256. 259 mir die Meinung zuschreibt „praeiudicii ratione solas capitis causas aliis praeferri“: das oben im Text Gesagte bezieht sich nur auf die Frage, welche Kriminalsachen Zivilsachen vorgehen.

[1] (44. 1) 16.

[2] „Und der letztern Klage steht die exceptio quod praeiudicium praedio non fiat nicht entgegen“, dürfte der Jurist hinzugefügt haben, wenn adquin *fin.* echt ist.

[3] (5. 2) 1, 6, 8, (34. 9) 4 cf. (5. 2) 8 § 14, (35. 2) 42 cf. (5. 2) 8 § 8 f., (37. 1) 2 cf. (5. 2) 1, (40. 5) 1 cf. C. (3. 28) 13, (40. 7) 19 cf. Paling. zu Ulp. nr. 502, (49. 1) 14 cf. h. t. 8 § 16, (49. 17) 1 cf. h. t. 8 § 4; (50. 17) 123: Nemo alieno nomine lege agere potest. (§ 1) Temporaria permutatio ius prouinciae non innouat. Ulpian berührte also anscheinend auch die Provinzialrechte.

[4] (5. 3) 8, (50. 17) 124 cf. Ulp. 14 (49. 1) 14 § 1 v. herede non respondente, auch Pal. zu Paul. nr. 262 ict. Paul. sent. IV, 12 § 2.

[5] Anders nur van Reenen.

[6] Ganz anders Debray, NRH 1920, 422 ff. Er nimmt mit Girard einen besondern Titel Quibus in causis praescribatur an, unter dem eine Reihe von Edikten, die ich unter den Titel de iudiciis setze, vereinigt gewesen seien und der zwischen dem Titel über das Präjudizialverhältnis (bei mir XIII) und dem de iudiciis (bei mir XIV) gestanden habe. Unter diesem Titel sei im vorjulianischen Edikt eine m. E. höchst problematische praescriptio, von der uns nichts überliefert ist, geordnet gewesen, und an diese praescriptio habe man vor Julian und dann traditionell auch nach Julian die Erörterung der Querel angeknüpft. Mit der Verwerfung von Girards

gegen Ende der klassischen Zeit regelmäßig vor den Centumvirn verhandelt wurde,[1] und daß gerade die auctoritas centumuiralis iudicii von Justinian als Rechtfertigungsgrund des Vorrangs des Erbschaftsprozesses bezeichnet wird.[2] Es ist mir aber durchaus nicht unzweifelhaft, ob das Edikt wirklich eine derartige Rubrik hatte, und ob nicht vielmehr jene Erörterungen bloß von Ulpian und Paulus an die Präjudizialedikte angeknüpft worden sind. Was soll nämlich unter jener Rubrik des Edikts gestanden haben? Wenn Ranchinus und seine Nachtreter hier von einem Edikt „inofficiosi testamenti actionem dabo" fabeln, so bedarf das ja wohl keiner Widerlegung. Aber auch, was Rudorff als Ediktinhalt annimmt,[3] scheint mir überaus problematisch. Er setzt in seinen Text (EP § 56) einmal die Abkürzung „C. V. = centum uiri" aus Prob. 5, 15, sodann den Satz aus Ulp. 14 (50. 17) 123 pr.: Nemo alieno nomine lege agere potest. Dazu bemerkt er (n. 4):

> In edicto legis actio proposita fuit, qua apud centumuiros inofficiosum diceretur . . . Praeterea de bonorum possessione litis ordinandae causa petenda edicto prouisum fuisse putes.

Von alledem steht nur die Ediktmäßigkeit des C. V. fest, und, ich nehme an, auch für das Hadrianische Edikt; aber die Erwähnung der Zentumvirn kann, ebensogut wie hier, auch gelegentlich der cautio pro praede litis et uindiciarum oder gelegentlich eines der das Präjudizialverhältnis betreffenden Edikte stattgefunden haben, beweist also nichts für die Existenz unserer Rubrik.[4] Der Ausschluß der Stellvertretung in der legis actio sodann gehört dem Zivilrecht an und war im Edikt schwerlich wiederholt, jedenfalls nicht an dieser Stelle. Die Annahme ferner, daß auch Legisaktionen im prätorischen Album proponiert gewesen seien, entbehrt jeden quellenmäßigen Anhalts. Und endlich die b. p. litis ordinandae gratia ist keine besondere Art der b. p., sondern die gewöhnliche, zum Zweck der Vorbereitung der Querel zu agnoszierende, b. p. intestati; es ist daher gar kein Grund vorhanden, ein besonderes Edikt darüber anzunehmen.[5]

These (s. unten S. 143) fällt auch diese, gegen die sich aber auch sonst noch viel einwenden ließe.

[1] Vgl. Wlassak, röm. Prozeßges. I, 212 ff. und bei Pauly-Wissowa s. v. Centumviri nr. VIII.

[2] Vgl. C. (3. 31) 12 pr. Ob darin wirklich der einzige Rechtfertigungsgrund für jenen Vorrang lag, kann hier dahingestellt bleiben.

[3] Noch andere unbeglaubigte Vermutungen bei Naber, obs. 104 (Mnem. 40, 397 ff.).

[4] Gegen H. Krüger, Grünh. Zschr. 29, 363 s. Martin, le trib. des centumvirs (1904) 92 n. 3.

[5] A. M. Jobbé-Duval, mél. Gérardin 1907) 361[1] und Naber, l. c. und obs. 112, Mnem. 48, 162. Kein Gegengrund gegen die Behauptung im Text ist, daß der Prätor „l'accordait même après une b. p. s. t." Die Erteilung einer b. p. edictalis hat niemals die einer andern gehindert. Zuständig ist diese natürlich nur dann, wenn für die andre die ediktalen Voraussetzungen fehlen, die andre nicht iure agnita est. Warum die b. p. ordinaria hier um ihres besondern Zweckes willen nicht als b. p. lit. ord. gratia agnita hätte bezeichnet werden können (Naber), ist nicht abzusehen. Selbstverständlich aber dringt auf Grund dieser b. p. der Kläger dem Inhaber der b. p. s. t. gegenüber nur durch, nachdem er die Querel siegreich durchgeführt hat.

Was bleibt sonach für die Rubrik de inofficioso testamento übrig? Ich denke, als möglicherweise hier proponiert wird man bezeichnen dürfen: einmal die sponsio CXXV nummum, von der Gai. IV, 95 berichtet:

... si apud centumuiros agitur, summam sponsionis ... petimus ... per legis actionem: ... eaque sponsio sestertium CXXV nummum fi*t scilic*et propter legem Creper*e*iam.

Zweitens könnte vielleicht auch noch, für den Fall der Verweisung der Querel vor einen Judex,[1] eine weitere sponsio auf 25 Sesterze — arg. Gai. IV, 93 — proponiert gewesen sein. Beides ist aber überaus unsicher; wir haben keinerlei positive Nachricht, die die Aufnahme jener Sponsionen in das Edikt bezeugte, und als unmöglich oder auch nur unwahrscheinlich kann die gegenteilige Annahme gewiß nicht angesehen werden: die sponsio CXXV nummum kann als bloße Vorbereitung der legis actio und die Verweisung vor den Judex als bloßer Ausnahmsfall im Edikt unberücksichtigt geblieben sein. Bemerkenswert ist jedenfalls, daß uns weder im Gaianischen Kommentar noch in Julians Digesten eine Spur der Behandlung der Querel begegnet, und daß wir sie in den sententiae des Paulus und anscheinend auch in den quaestiones Papinians, die beide sonst dem Ediktsysteme folgen, an andrer Stelle finden als in den beiden großen Ediktkommentaren.[2] Das spricht sehr dafür, daß die Querel im Ediktsystem überhaupt keine feste Stelle hatte und daher von dem einen da, von dem andern dort bei passend dünkender Gelegenheit eingeschoben wurde.[3]

Die Erörterungen über die Ediktklauseln, die zur Verhütung ungehöriger Präjudizien bestimmt waren, und, daran anschließend, über die Querel — bei Ulp. 14, Paul. 15. 16 — bilden m. E. den Abschluß der Kommentare zum ersten Hauptteil des Edikts (s. oben S. 31 f.), den ich mit jenen Ediktklauseln endigen lasse. Diese Auffassung wird freilich von anderer Seite bestritten, aber, wie mir scheint, ohne wirklich überzeugende Gründe. Die Meinungen der Gegner gehen unter sich auseinander. Girard[4] möchte die Paul. 17. 18 behandelten Edikte über Interrogationen, Eid und Präskriptionen noch in den ersten Hauptteil hereinziehen, den zweiten also erst bei Paul. 19 (tit. XV meiner Rekonstruktion) beginnen lassen. Diese Hypothese scheint sich durch die allgemeine Tragweite dieser Edikte zu empfehlen; ihr widerspricht aber die Ordnung der Materien bei Ulpian (s. oben S. 11). Es scheint mir in hohem Grad unwahrscheinlich, daß Ulpian, so wie er es hiernach getan haben müßte, den angeblichen Schlußtitel des ersten Ediktteils (tit. XIV meiner Rekonstruktion) von seiner Stelle gerissen und mitten in den ersten Titel[5] des zweiten Hauptteils verpflanzt haben

[1] (5. 2) 8 § 16: si ex causa de inofficiosi cognouerit iudex ...

[2] In Paul. sent., statt in lib. I, erst im lib. IV, 5, in Pap. quaest., statt in lib. IV, erst in lib. V. Papinians Ordnung entspricht der in Digesten und Kodex.

[3] Dies gegen Girard, NRH 1904, 136 ff.

[4] Textes (4me éd.) 146, NRH 1904, 147, mél. I, 283. 307.

[5] Nicht etwa hinter diesen; denn die §§ 89. 90 gehören keinesfalls zu dem angeblichen Schlußtitel. Nach Girard hätte Ulpian die Erörterung des von den Präskriptionen handelnden Titels in demselben Buch 22

sollte. Noch weniger als Girard kann ich Pissard[1] folgen, der die pars de iudiciis schon mit unserm tit. XIII (§ 52) beginnen lassen will. Dann würde der Anfang der pars de iudiciis mitten in Ulp. lib. 14 fallen, wohin schon die Edikte über die recepta nautarum und argentariorum (§ 49. 50) gehören. Ebenso unhaltbar vermutet v. Velsen,[2] daß der zweite Hauptteil schon bei Ulp. 14 mit einem Titel de iudiciis begonnen habe, dessen Hauptinhalt „die Kompetenz der einzelnen Gerichte, vorzüglich der Sondergerichte, ferner die Konkurrenz der einzelnen Klagen an diesen Sondergerichten mit den Klagen vor dem unus iudex" gebildet habe, in den vielleicht aber auch noch die hereditatis petitio und die rei uindicatio gehört hätten. Gegen diese Hypothese entscheidet, von anderem abgesehen, wiederum die Erwägung, daß hiernach die zweite pars von Ulpians Ediktkommentar mitten in dessen lib. 14 begonnen haben müßte. Wir wissen,[3] daß im Schulgebrauch der Kommentare deren zweite pars als pars de iudiciis bezeichnet wurde, ohne Zweifel nach ihrer Eingangsrubrik, ganz wie die dritte pars nach ihrer Eingangsrubrik „de rebus creditis" die pars de rebus hieß. Innerhalb der partes aber wurden die Bücher besonders beziffert, so daß uns z. B. Ulp. 26 ad edictum in fr. Vat. 266 als Ulp. 1 ad ed. de rebus creditis begegnet, und ebenso, sehr wahrscheinlich, Ulp. 16 ad ed. in den fr. Berol. de dediticiis[4] als de iudiciis lib. II. Da letzteres doch nur eine Vermutung ist, so will ich darauf kein ausschlaggebendes Gewicht legen; aber es ist gewiß an sich schon zu vermuten, daß die wichtigsten und meistgebrauchten Ediktkommentare jener Schuleinteilung insofern eine Handhabe boten, daß die Anfänge der partes in ihnen die Anfänge von Büchern bildeten, und es scheint mir darum ausgeschlossen, die pars de iudiciis bei Ulpian mitten in lib. 14 beginnen zu lassen. Dazu kommt aber noch, daß wir sowohl bei Paulus als bei Ulpian den nach Erledigung der Präjudizialedikte und der Querel beginnenden neuen Büchern — Paul. 17, Ulp. 15 — noch jetzt deutlich ansehen können, daß die Juristen diese Bücher als den Anfang eines neuen Ediktabschnitts betrachteten. Wir begegnen hier Erörterungen über imperium,[5] iudicis datio, officium iudicis u. dgl.,[6] die keinen Bezug auf eine bestimmte Ediktklausel haben und durch ihren allgemeinen Inhalt sich als Einleitung eines neuen Abschnitts — des Abschnitts von der ordentlichen Rechtshilfe — charakterisieren. Diese Tatsache läßt m. E. kaum einen Zweifel übrig, daß die pars de iudiciis erst bei Ulp. 15, Paul. 17 beginnt, und daß wir also im Rechte sind, wenn wir die Edikte über die Verhütung ungehöriger Präjudizien als den Schluß des ersten Ediktteils betrachten.

begonnen, worin er noch von der Bürgschaft handelte (s. unt. § 83–88), und sie in lib. 23 fortgesetzt, um dann erst den Titel, den Girard de iudiciis überschreibt, mit dem Edikte Si mensor (§ 89) und der actio ad exhib. (§ 90) abzuschließen.

[1] Les questions préjud. (1907) 15 ff.

[2] Die except. praeiud. (1896) 69 f., vgl. auch SZ 21, 117.

[3] Vgl. c. Omnem § 1.

[4] coll. libr. iur. III, 298 f.

[5] Ulp. 15 (1. 17) 1.

[6] Paul. 17 (5. 1) 12, (42. 1) 3, 36, 38, (43. 16) 6, (50. 16) 35. Vielleicht gehört auch (16. 3) 19 — anscheinend fälschlich Ulp. 17 inskribiert — zu Paul. 17.

Tit. XIV
DE IUDICIIS[1]

Ulp. 22. 23,[2] Paul. 17. 18, Gai. 5. 6, Iulian. 8(?). 9.

§ 53. DE INTERROGATIONIBUS IN IURE FACIENDIS[3]

Ulp. 22,[4] Paul. 17,[5] Callistr. 2.[6]

Dies Edikt[7] läßt sich in Ulpians Kommentar in seinen Bestandteilen genau nachweisen. Nach einleitenden Bemerkungen h. t. 2, 4 pr. bespricht der Jurist nacheinander folgende Ediktstücke:

1. Qui in iure interrogatus . . . responderit, Ulp. 22 fr. 4 § 1:

Quod ait praetor: „qui in iure interrogatus responderit" . . .

2. Interrogatus an heres uel quota ex parte sit,[8] responderit, Ulp. 22 fr. 6, 9, 11 pr.[9]

3. Den Schlußsatz zum Vorhergehenden, wörtlich nicht erhalten, dem Sinne nach aber: in eum ex sua responsione iudicium dabo. Ulp. 22 fr. 11 § 1. 2.

4. Verheißung eines iudicium in solidum wider denjenigen, der a) obwohl Erbe, seine Erbenqualität auf interrogatio geleugnet, oder b) obwohl Erbe ex maiore parte, zu einem geringeren Teil Erbe zu sein behauptet, wie auch c) gegen denjenigen, der auf die interrogatio in iure

[1] D. (5. 1), C. (3. 1) de iudiciis. Paul I, 12 de iudiciis omnibus. Einleitung zu dem mit obigem Titel beginnenden neuen Abschnitt des Edikts enthalten, außer den S. 144 n. 5. 6 angeführten Stellen aus Paul. 17, Ulp. 15, die sämtlichen erhaltenen Fragmente aus Iulian. 5: (1.21) 3, (5. 1) 74, (42. 1) 60, (30) 79. Die letzte Stelle behandelt den Fall „si quis testamento suo Titio et Seio decem dari iusserit" und entscheidet, daß hier nicht jeder zehn zu beanspruchen habe. Man denke dabei an die condemnatio „Nm Nm Titio et Seio decem condemnato", (49. 1) 10 § 3. Auch die andern Schriften des Julianischen Systems (siehe oben S. 6) — sententiae, responsa, quaestiones u. dgl. — behandeln an gleicher Stelle die verschiedensten Fragen, die sich auf iurisdictio, iudex, iudicium u. dgl. beziehen. Vgl. die Palingenesie.

[2] Über die Ursache, warum hier Ulpian und Julian die Ediktordnung verlassen, siehe S. 11 f.

[3] D. (11. 1). Ob die Ediktrubrik wirklich so allgemein lautete, da doch das hier proponierte Edikt nur den einen Fall der interrogationes (den an heres sit) betrifft, lasse ich dahingestellt. Literatur über die interr. i. i. bei Berger, Pauly-Wiss. s. v. interrogatio.

[4] h. t. 2, 4, 6, 9, 11, 21, (36. 1) 44 cf. h. t. 9 § 7, 11 § 3; (5. 1) 17?

[5] h. t. 3, 12; (16. 3) 9.

[6] h. t. 1 pr. Fr. 1 § 1 ist interpoliert.

[7] Darüber, ob unter unsere Rubrik auch eine interrogatio „utrum pro herede an pro possessore possideat" gehört, vgl. unt. § 65.

[8] Wegen der Worte vgl. h. t. 5, 6 § 1, 9 § 3. 5.

[9] Wegen fr. 11 pr. vgl. Demelius, die Confessio im röm. Zivilprozeß (1880), 303, Lautner, an dem S. 146[4] a. O. Eben hierher gehört auch Ulp. 22 h. t. 21, vgl. Demelius, 298 ff. Auffallend ist fr. 9 § 8 h. t., eine Stelle, die durchaus nicht in den Zusammenhang paßt, wo sie jetzt steht, dagegen sehr gut in den Kommentar zum Edikt de noxalibus actionibus sich einfügen würde (vgl. dazu Demelius, a. a. O. 338 ff.); Ulpian hatte vielleicht hier vorgreifend auf anderweite Interrogationsfälle hingewiesen.

überhaupt nicht geantwortet hat. Ulp. 22 fr. 11 § 3–7.[1] Von diesem Ediktstück sind nur die auf den letztgenannten Fall bezüglichen Worte

OMNINO NON RESPONDISSE

in fr. 11 § 5 überliefert,[2] wobei man an ein „si . . . omnino non respondisse dicetur" denken mag. An dieser Ergänzung des Wortlauts darf man nicht etwa um deswillen Anstoß nehmen, weil es in der unter Ziff. 1 erwähnten Klausel „qui responderit" heißt — solche Verschiedenheiten der Fassung innerhalb desselben Edikts kommen bekanntlich auch sonst vor —, noch auch um deswillen, weil der Prätor ja sofort habe sehen müssen, ob der Beklagte antworte oder nicht, hier also von einem bloßen dici der klagenden Partei nicht die Rede sein könne: denn die Erbittung der actio folgte durchaus nicht regelmäßig unmittelbar auf die interrogatio; letztere, wie auch die Antwort oder Nichtantwort, waren, wenn bestritten, vor dem iudex zu beweisen;[3] ihre Bezeichnung als Gegenstand einer Parteibehauptung in iure könnte daher nicht auffallen.

Gewährt über das Edikt Ulpian vollen Aufschluß, so läßt er uns dagegen hinsichtlich der Formeln durchaus im Stich; die Kompilatoren haben den die actiones interrogatoriae[4] betreffenden Abschnitt aus naheliegenden Gründen gänzlich gestrichen. Es ist daher kein Wunder, daß die meisten Rekonstruktionsversuche wenig befriedigend sind.

Die Formel ex responsione rekonstruiert Savigny[5] folgendermaßen:

> Quod Ns Ns interrogatus respondit se esse Seii heredem ex semisse, s. p. Seium Ao Ao C dare oportere, Nm Nm Ao Ao in L c. s. n. p. a.

Als ob (von anderm abzusehen) der tote Seius noch etwas schuldig sein könnte.

Rudorff hatte zuerst:[6]

> S. p. L. Titium Ao C dare oportere, qua ex parte Ns Ao in iure interrogante respondit se heredem L. Titio extitisse, ex ea parte *rel.*

Das ist nur eine neue und zwar schwerlich verbesserte Auflage der Savignyschen Formel. Im EP (§ 80) hat denn auch Rudorff einen neuen Vorschlag:

[1] Die Ordnung des Kommentars war offenbar folgende:
a) Si is qui heres esse dicetur negauerit se heredem esse. Das hierher Gehörige haben die Kompilatoren gestrichen. Daß es vorausstand, folgt aus fr. 11 § 4, wo die ediktale Behandlung des Falls bereits als erörtert vorausgesetzt wird.
b) Si is qui ex maiore parte heres esse dicetur responderit se ex minore parte heredem esse fr. 11 § 3.
c) Si omnino non responderit: fr. 11 § 4. 5.
d) Si obscure responderit: fr. 11 § 6. 7.
e) Ergänzendes über Restitution und Rücknahme der Antwort: fr. 11 § 8–ult.

[2] Diese Worte sind in fr. 11 § 5, wie sich aus der nachgewiesenen Ordnung des Kommentars ergibt, als Edikt- und nicht als Formelworte zitiert. Ich glaube dies ausdrücklich hervorheben zu sollen, weil das Mißverständnis des Infinitivs naheliegt.

[3] (22. 3) 18 § 2. Insoweit sicher nicht zu beanstanden.

[4] Die Klassizität dieser Bezeichnung ist zweifelhaft, s. Lautner in den Abh. z. antiken Rsgesch. (Festschr. Hanausek) 52 ff. u. die dort Angeff.

[5] System, VII, 23 f.

[6] RG II, 277.

S. p. L. Titium, si uiueret, A° A° X milia dare oportere, quod (quota ex parte) N^s N^s in iure interrogatus se Luci Titi heredem esse respondit, eius (ex ea parte) iudex *rel.*

Si uiueret! Eine Fiktion, die sich insuffizient erweist, sobald man versucht, sie für praktische Fragen, wie z. B. die Wirkung von Abschlagszahlungen seitens einzelner Erben durchzuführen.[1]

Demelius, der die früheren Rekonstruktionsversuche einer treffenden Kritik unterworfen hat,[2] rekonstruiert selbst:[3]

S. p. N^m N^m, qui in iure interrogatus respondit, se Lucii Titii heredem esse, A° A° centum dare oportere, N^m N^m A° A° centum c. s. n. p. a.

Allein einmal: nach Demelius' Formel müßte, wie er in der Tat annimmt, die interrogatio in iure eine zivile Verpflichtung hervorgebracht haben, was weder erwiesen noch glaublich ist; zweitens: wenn die Voraussetzung richtig wäre, wäre die Formel, die den eigentlichen Obligationsgrund nur so nebenbei in einen Relativsatz schachtelt, mangelhaft gefaßt.

Ich selbst habe in der 1. Auflage, freilich zweifelnd, vorgeschlagen, den Tatbestand der responsio in eine praescriptio, die intentio aber so zu fassen:

S. p. Luci Titi hereditatis nomine A° A° decem dari oportere, iudex N^m N^m A° A° *et rel.*

Bestimmend war mir für diese Fassung der Gedanke, daß durch die responsio se heredem esse der Respondent, möge er nun Erbe sein oder nicht, die Defension des Verstorbenen übernehmen zu wollen erkläre.[4] Ich glaubte daher, die intentio in irgendeiner Form auf den Namen des defunctus stellen zu müssen, und fand mich in dieser Annahme bestärkt durch den Umstand, daß nach h. t. 18, 20 pr. die actio gegen den wirklichen Erben durch die actio interrogatoria konsumiert wird, wenn die bejahende Antwort in Defensionsabsicht erfolgt war. Allein meine Hypothese scheitert an der Erwägung, daß es vom Augenblick des Erwerbs der Erbschaft ab keine Erbschaftsschulden mehr gibt, sondern nur noch Schulden des Erben.[5] Sind es der Erben mehrere, so hat jede Teilschuld ihr eigenes rechtliches Schicksal und kann insbesondere untergehen, ohne daß dadurch die übrigen Teilschulden berührt werden. Man unterstelle den Fall, daß der Respondent sich nur als Teilerben bekannt hat, während andere Teilerben ihre Schuld schon ganz oder teilweise getilgt haben (so daß also die Erbschaftsschuld sich gemindert hat), und man sieht, daß jene Formel ebensowenig zu brauchen ist, wie Rudorffs formula ficticia. Die durch fr. 18 h. t. bezeugte Konsumtionswirkung aber (in fr. 20 pr. ist alles, was die responsio se heredem esse angeht, itp.[6]) ist nicht schlechtweg abhängig von

[1] Demelius, a. a. O. 275f.

[2] a. a. O. 274f.

[3] a. a. O. 281.

[4] Vgl. Demelius, a. a. O. 254ff., und namentlich (42. 5) 4 i. f.: si quis . . . heredem se *re*spondendo . . . defunctum defendat.

[5] Vgl. Lenel, SZ 20, 1ff.

[6] Vgl. Segrè, mél. Girard II, 557[1], Levy, Konkurrenz I, 316, Lautner, a. a. O. 75.

der Fassung der intentio: sie konnte von der Jurisprudenz angenommen werden, auch ohne daß die Fassung der Formel geradezu zwingend darauf hinwies.

Ich bin heute der Meinung, daß die richtige Fassung der intentio von P. Krüger getroffen worden ist, der in seiner Rezension der Schrift von Demelius[1] unter Voranschickung einer praescriptio so formuliert:

> Ea res agatur quod Ns Ns in iure interrogatus respondit se L. Titio ex asse heredem esse. Si Ns Ns ex asse L. Titio heres esset, tum si *rel.*

Diese fiktizische Fassung der intentio vermeidet die Klippen, an denen die bisher besprochenen Formulierungen scheitern, und hat, worauf Krüger bereits hingewiesen hat, eine feste Stütze in fr. 11 § 1 h. t.:

> Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit ex parte heredem esse, sic conuenietur atque si ex ea parte heres esset: fides enim ei contra se habebitur.

Wenn ich gleichwohl diese Fassung in der 1. Auflage verwarf, so geschah es, weil ich es mit Demelius unnatürlich fand, jemanden, der sich öffentlich vor dem Magistrat als heres bekannt habe, als Erben erst noch zu fingieren; und in der Tat nähme sich die Fiktion „si heres esset" sonderbar genug aus, wenn wir uns Krügers praescriptio als Normalbestandteil der formula interrogatoria zu denken hätten. Allein eben hier steckt ein erweislicher Fehler seiner Fassung. Wie schon bemerkt, dürfen wir uns den regelmäßigen Verlauf des Verfahrens durchaus nicht so denken, daß auf die responsio unmittelbar die Erbittung der Formel folgte; sie geschah in einem späteren Termine, oft genug vor einem ganz andern Prätor. Hier nun erbat der Kläger, unter Berufung auf die geschehene responsio, einfach die fiktizische Formel ohne jede praescriptio, genau wie es auch bei der Klage gegen den bonorum possessor der Fall war (vgl. § 67 a. E.). Erwähnung fand die responsio in der Formel nur, wenn der Beklagte sie in iure bestritt. Diese Erwähnung erfolgte in Gestalt einer exceptio (entsprechend der exceptio bonorum possessionis non datae), die keine bloße Hypothese, sondern in den Quellen bezeugt ist, in (22. 3) 18 § 2:

> Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est ei qui in iure interrogatum dixit respondisse se solum heredem esse: [uel si tacuisse dicatur interrogatus, aeque tantundem erit dicendum, impositam inprobationem[2]], non ei qui excepit se non respondisse [sed actori].

Der Schluß der Stelle ist zweifellos entstellt: die eingeklammerten Worte sind Glosse oder, was wahrscheinlicher, Interpolation. Für uns kommt auf diesen Punkt nichts an; die Worte „ei qui excepit" sind m. E. ganz sicher

[1] Krit. Vjschr. 22, 418 ff. Ihm folgt Betti, atti Tor. 50, 400.

[2] Huschke vermutet: impositum iri probationem.

echt[1] und liefern den vollen Beweis für die Richtigkeit der obigen Darlegung.

So kam also ein Hinweis auf die responsio, was auch durchaus zweckmäßig war, überhaupt nur dann in die Formel, wenn der Beklagte die responsio und damit auch seine Erbenqualität in iure bestritten hatte.[2] Gerade in diesem Fall verliert aber die fiktizische intentio alles Auffallende.

Wenn schon bei derjenigen actio interrogatoria, die ex responsione gewährt wird, die fiktizische Fassung als die allein mögliche erscheint, so drängt sich die gleiche Fassung bei den Aktionen, die wegen falscher Antwort oder wegen omnino non respondisse gewährt werden, von selber auf,[3] obwohl sie in den Quellen nicht angedeutet ist.[4] Die Fiktion lautete hier: si Ns Ns L. Titio heres ex asse esset.[5] Bestritt der Beklagte, die behauptete Antwort gegeben oder geschwiegen zu haben, so kam es wiederum zur Einfügung einer exceptio. Ständig dürfte aber in der Formel ex falsa responsione eine Klausel gewesen sein, die dem Judex zur Pflicht machte, die Richtigkeit der gegebenen Antwort zu prüfen, vermutlich eine praescriptio, so daß die ganze Formel ungefähr so gelautet hätte:

> *E. r. a. si Ns Ns L. Titio ex maiore parte quam ex semisse heres est. Si Ns Ns L. Titio heres ex asse esset, tum si Nm Nm Ao Ao HS decem milia dare oporteret, iudex Nm Nm (si in iure interrogatus, quota ex parte heres esset, respondit se ex semisse heredem esse) Ao Ao* rel.

§ 54. DE IUREIURANDO[6]

Ulp. 22,[7] Paul. 18,[8] Gai. 5,[9] Iulian. 9.[10]

Das Edikt de iureiurando wird von Rudorff (EP § 81) sonderbarerweise als eine Art Anhang zu dem Edikt über die interrogatio an seruum in potestate habeat behandelt, ein Mißgriff, der sich nicht nur durch den Gesamtinhalt der Kommentare, sondern schon dadurch widerlegt, daß

[1] A. M. allerdings Karlowa, RG II, 1178, auch Lautner, a. a. O. 79. Auf die uns hier allein interessierende Frage der Formelfassung geht L. nicht ein.

[2] Nicht irremachen darf die Bezeichnung der actio als interrogatoria (fr. 1 § 1 h. t.). Auch die Klagen gegen den bonorum por, wo die Sachlage genau die gleiche ist, heißen aes possessoriae. S. übrigens S. 146[4].

[3] Ich halte es nicht für nötig, auch hier auf die älteren Versuche einzugehen. Vgl. Demelius, a. a. O. 286 ff., und gegen dessen eigenen Versuch wieder: Krüger, a. a. O. 419.

[4] Es heißt hier immer nur einfach: in solidum conuenitur (cf. h. t. 11 § 3. 4).

[5] Mit ganz unzureichenden Gründen bestritten von Betti, a. a. O. 403, dessen eigene Formelrekonstruktion mir nicht verständlich ist.

[6] D. (12. 2). Die dieses Edikt betreffenden Quellenzeugnisse sind von denen, die sich auf die Eideszuschiebung in iure (§ 95 nr. 1) beziehen, scharf zu scheiden. Diese Scheidung wird schon von Rudorff gemacht und ist von mir in EP[1] (1883) eingehend durchgeführt. Debray, NRH 1908, 125, Biondi, giur. decis. 13 u. a. führen sie irrig erst auf Demelius, Schiedseid und Beweiseid (1887) zurück.

[7] h. t. 3, 5, 7, 9, 11, 13, 19 (falsch inskribiert).

[8] h. t. 2, 4, 6 (falsch inskribiert), 8, 10, 17, 20, 22, 26, 28, 30, (25. 2) 14, (44. 1) 5.

[9] h. t. 1, 21. Über h. t. 27 vgl. oben S. 132 n. 4.

[10] h. t. 12, (44. 2) 24.

jener Fall der interrogatio bei Ulpian erst lib. 23, unser Edikt aber schon lib. 22 besprochen wird.[1]

Es zerfällt aber unser Edikt in zwei Abschnitte. Der eine verheißt für den Fall, daß der zu Belangende den deferierten Schiedseid leistet oder er ihm erlassen wird, denegatio actionis und ist, mit Ausnahme des den Erlaß betreffenden Zwischensatzes, bei Ulp. 22 h. t. 3 pr., 7 pr. vollständig zitiert. Er lautet:

> SI IS CUM QUO AGETUR CONDICIONE DELATA IURAUERIT[2] *siue id iusiurandum ei remissum fuerit,*[3] EIUS REI [DE QUA IUSIURANDUM DELATUM FUERIT?][4] NEQUE IN IPSUM NEQUE IN EUM AD QUEM EA RES PERTINET ACTIONEM DABO.[5]

Der zweite Abschnitt verhieß unter den gleichen Voraussetzungen dem Kläger eine actio „in qua hoc solum quaeritur, an iurauerit [dari sibi oportere] uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit".[6] Die Ediktmäßigkeit dieser actio ist ausdrücklich überliefert,[7] und die Kommentare zeigen auf Schritt und Tritt, daß sie just hier proponiert war;[8] Rudorff (EP § 94) setzt sie fälschlich erst in den Abschnitt de rebus creditis.

Dem ersten Abschnitt unseres Edikts entspricht die exceptio iurisiurandi, die aber nicht hier, sondern erst im vorletzten Abschnitt des edictum perpetuum bei den Exzeptionen unter der rückweisenden Rubrik QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR proponiert war.[9] Bei Erlassung unseres Edikts selbst dürfte schwerlich schon an diese exceptio, sondern vielmehr, worauf auch die eben genannte Rubrik führt, an ein eigentliches actionem non dare, d. h. denegare gedacht gewesen sein.[10] Die Frage, ob der Eid geleistet, bzw. erlassen worden sei, wurde damals im Fall der Bestreitung wohl i. d. R. noch in iure erledigt; wurde sie aber an den iudex gewiesen, so dürfte das in jener Zeit in Form einer praescriptio, d. i. einer bedingten Gewährung der actio („ea res agatur, si . . ."), geschehen sein.

Die Musterformel der actio in factum[11] scheint auf den Fall der actio certae creditae pecuniae berechnet gewesen zu sein;[12] sie ist nicht über-

[1] Vgl. auch Demelius, die Confessio, 306 n. 5, Schiedseid und Beweiseid § 3.

[2] Ulp. 22 h. t. 3, 5 pr.–§ 3.

[3] Ulp. 22 h. t. 5 § 4 cf. 9 § 1, Paul. 18 h. t. 6.

[4] Gradenwitz, SZ 8, 275 u. 34, 257 hält die Worte „de qua iusiurandum delatum fuerit" wohl mit Recht für nicht ediktal.

[5] Ulp. 22 h. t. 7, 9 pr., Paul. 18 h. t. 8.

[6] Ulp. 22 h. t. 9 § 1–3, Tryphon. h. t. 29, C. (4. 1) 8.

[7] Paul. 18 h. t. 28 § 10, 30 pr., I. (4. 6) 1.

[8] Man werfe nur einen Blick auf Ulp. 22 fr. 9, 11, 13 u. Paul. 18 fr. 28 § 9. 10, 30 h. t.

[9] Vgl. Ulp. 76 (44. 5) 1 pr.–§ 3, Paul. 71 eod. 2 pr.

[10] S. auch Dernburg, Festgaben f. Heffter (1873) 128 ff.

[11] h. t. 11 § 1.

[12] So EP[1]. Dafür berief ich mich freilich zu Unrecht auf h. t. 9 § 1, wo die Worte „dari sibi oportere" ganz deplaciert und allem Anschein nach itp. oder Glossem sind. In EP[2] nahm ich an, der Fall der Musterformel sei vielmehr der Eid über das Eigentum gewesen, weil in Ulpians Kommentar in der Erörterung über den Gegenstand der Eideszuschiebung (Ulp. nr. 672. 673) dieser Fall in ausführlicher Behandlung an der Spitze stehe, während vorher (Ulp. nr. 670. 671) von andern Fragen die Rede sei.

liefert; da aber nach fr. 9 § 1 cit. in derselben „hoc solum quaeritur, an iurauerit . . . uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit“,[1] so kann kaum ein Zweifel sein, daß die intentio für die beiden Fälle gestellt war auf

S. p. A^m A^m N^o N^o deferente iurasse N^m N^m sibi HS decem milia dare oportere[2]

und

S. p. N^m N^m A^o A^o, cum is illo deferente paratus esset iurare illum . . . oportere, iusiurandum remisisse . . .,

wobei freilich beidemal für den Wortlaut im Detail keine Garantie übernommen werden kann.

Die Anpassung für andere Aktionen[3] hat im allgemeinen keine Schwierigkeit. Bedenken erwachen nur hinsichtlich der mit demonstratio versehenen Formeln. Konnte z. B. an die demonstratio „Quod A^s A^s . . iurauit se deposuisse“ ohne weiteres die intentio „quidquid ob eam rem dare facere oportet ex f. b.“ angehängt werden? hätte der iudex hier das „ob eam rem“ nicht auf das „quod iurauit“ beziehen und, da aus dem Eid eine b. f. obligatio nicht hervorging, absolvieren müssen? wurde hier durch Fiktionen (si deposuisset) geholfen oder wurde die conceptio in ius hier ganz aufgegeben und durch conceptio in factum ersetzt? Ich weiß die Frage nicht zu beantworten.[4]

§ 55. *SI CUM EO AGATUR QUI INCERTUM PROMISERIT*

Ulp. 22,[5] Paul. 18.[6]

Gai. IV, 136, 137 berichtet:

Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum *pro*mi*s*erit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta

Gegen diese Annahme haben sich Debray, NRH 1908, 453[1] und Biondi, giur. decis. 21 erklärt. Sind ihre Argumente auch nicht durchweg überzeugend, sie dürften gleichwohl im Recht sein. Der Eid dari sibi oportere erscheint nämlich, wie Biondi mit Recht bemerkt, sonst überall in den Quellen als der Hauptfall; die darauf bezügliche Erörterung wird vor fr. 9 § 7 gestanden haben und in den D. ausgefallen sein. Nur so läßt sich erklären, daß er bei Ulp. nr. 672. 673 überhaupt nicht berührt ist (in fr. 13 § 6 sind die darauf bezüglichen Worte itp. oder Glossem).

[1] Vgl. S. 150 n. 6.

[2] Rudorff (EP § 94) hat: s. p. A^m A^m N^o N^o deferente iurasse HS tot sibi deberi neque eam pecuniam ei solutam esse. Das unpersönliche sibi deberi ist, wie auch der Ausdruck debere statt dare oportere, gewiß nicht wahrscheinlich; der Zusatz hinsichtlich der Zahlung ist, da er auch die vor dem Eid geleistete Zahlung wirksam machen würde, in dieser Form jedenfalls verkehrt, überhaupt aber, auch in jeder andern Form, unbezeugt und überflüssig, da man sich in dieser Hinsicht auf das officium iudicis verlassen konnte.

[3] Vgl. Ulp. 22 h. t. 9 § 7, 11, 13. Fr. 13 § 3 ist interpoliert.

[4] Demelius, Schiedseid und Beweiseid 35 n. 29 vermutet „quidquid ex deposito d. f. o.“ Ich halte dies nicht für möglich: ex deposito schuldet nur der, bei dem wirklich deponiert ist. Fierich, Grünh. Z 16, 86f. glaubt, daß im obigen Fall der Eid überhaupt in der Formel gar nicht hervorgetreten, sondern nur officio iudicis berücksichtigt worden sei, — gewiß sehr wenig wahrscheinlich.

[5] (45. 1) 75.

[6] eod. 76, (46. 1) 29.

sit formulae loco demonstrationis, hoc modo: IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERTUM[1] STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A° A° DARE FACERE OPORTET et reliqua. Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: EA RES AGATUR, QUOD A. AGERIUS DE L. TITIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUO NOMINE N. NEGIDIUS SPONSOR EST, CUIUS REI DIES FUIT, in persona uero fideiussoris: EA RES AGATUR, QUOD N. NEGIDIUS PRO L. TITIO INCERTUM FIDE SUA ESSE IUSSIT, CUIUS REI DIES FUIT. deinde formula subicitur.

Diese drei Formeln setzt Rudorff (EP § 78) an den Schluß desjenigen Ediktabschnitts, der von den Rechtsverhältnissen der Bürgen handelt. Es muß hiergegen Einspruch erhoben werden. Vor allem: wie kommt die Formel, die wider den Hauptschuldner aus stipulatio incerti proponiert ist, in den Abschnitt von der Bürgschaft, in die Nachbarschaft der lex Cornelia und Cicereia und der epistula diui Hadriani? Rudorff meint: als Anhang zu den wider die Adpromissoren proponierten Formeln. Allein, abgesehen von der Unnatürlichkeit dieser Annahme, muß hervorgehoben werden: einmal, daß in dem Bericht des Gaius nur die Formel gegen den promissor selbst als proponiert bezeichnet wird, während es von den übrigen nur „praescribi solet" heißt, so daß nicht einmal bewiesen ist, daß diese letztern auch nur im Album standen;[2] zweitens aber und entscheidend: als Hauptbelegstelle für unsere Formeln ist neben Ulp. 22 (45. 1) 75, einer Stelle, die ihrer Inskription nach allerdings zu dem Ediktabschnitt von der Bürgschaft gehören könnte,[3] anzusehen: Paul. 18 eod. 76, ein Fragment, das, wie jenes erstere, von der stipulatio incerti handelt, durch seinen Inhalt sogar noch weit deutlicher die Beziehung auf die obigen Formeln verrät,[4] durch seine Inskription aber die Verweisung zur Bürgschaft (Paul. 24. 25) entschieden verbietet. Die Zusammenhaltung von Ulp. 22 und Paul. 18 zwingt vielmehr dazu, jene Formeln sämtlich an den hier gewählten Platz zu verweisen,[5] und diesen Platz dürften sie ohne Zweifel der vom Prätor eingefügten praescriptio „cuius rei dies fuit" verdankt haben. Ich ver-

[1] Vgl. über die Ständigkeit dieses Worts namentlich P. Krüger, Consumtion (1864) 59f. Literatur bei Baron, die Condictionen (1881) 225 n. 9. In die demonstratio den Inhalt der oft höchst weitläufigen Stipulation aufzunehmen, wäre ganz unmöglich gewesen.

[2] Standen sie im Album, so dürften sie wohl erst hinter der Formel wider den Hauptschuldner proponiert gewesen sein. Vgl. Ulp. 23 (50. 17) 135 mit Paul. 18 (46. 1) 29. Doch ist die Beziehung ersterer Stelle zu zweifelhaft, als daß ich sie zur Grundlage einer bestimmteren Vermutung machen möchte.

[3] Vgl. § 83–88. Wegen des Ulpianschen Systems vgl. oben S. 11f.

[4] Vgl. namentlich fr. 76 § 1 cit.: Cum stipulamur „quidquid te dare facere oportet" id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non ut in iudiciis etiam futurum . . . Die Beziehung der Stelle zur praescriptio cuius rei dies fuit liegt auf der Hand.

[5] Wenn Cels. 3 dig. (46. 2) 26 und Marcell. 3 dig. (45. 1) 94 an unsere Rubrik anknüpfen — vgl. Pal. Cels. nr. 25, Marcell. nr. 27 —, so würden sie zur Bestätigung des im Text Gesagten dienen. Doch ist die Beziehung jener vereinzelten Stellen zu unsicher, als daß ich auf diesen Umstand Gewicht legen möchte.

mute, daß der Prätor in besonderm Edikt erklärte, in den von Gaius erwähnten Fällen — oder vielleicht auch ausdrücklich nur für den Fall si cum eo agatur qui incertum promiserit — iudicium mit Beschränkung auf das bereits Verfallene gewähren zu wollen.[1]

Die Vervollständigung der Gaianischen Formeln bietet in der Hauptsache keine Schwierigkeit. An das „quidquid . . . oportet" der actio ex stipulatu lehnte sich unmittelbar das „eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a." der condemnatio an. Und was die wider die Adpromissoren gewährte Formel angeht, so werden wir hinter der mitgeteilten praescriptio nicht etwa erst noch eine neue demonstratio zu erwarten haben, sondern jene praescriptio vertrat die demonstratio, und unmittelbar auf sie folgte daher das „quidquid ob e. r. . . . oportet, eius c. s. n. p. a."[2] Dieses letztere wird zwar von Huschke[3] bestritten, der vor die intentio noch eine neue besondere demonstratio einschieben will. Für diese Weitläufigkeit fehlt es aber, soweit ich sehe, sowohl an äußerm Beweis wie an innerm Grund. An äußerm Beweis: das kurze, sei es auch ungenaue „deinde formula subicitur" bei Gai. IV, 137 i. f. kann m. E. als solcher nicht gelten. An innerm Grund: Huschke meint, die von Gaius überlieferte praescriptio sei zweideutig gewesen, insofern man nämlich die Worte cuius rei dies fuit zunächst auf quo nomine N^s N^s sponsor est hätte ziehen können und müssen, was dann den Sinn gegeben hätte: N^s N^s sei nur für den bereits fälligen Teil der Hauptschuld Sponsor geworden; diese Zweideutigkeit habe durch eine nachfolgende demonstratio behoben werden müssen. Allein ich glaube, diese Zweideutigkeit, wenn sie überhaupt bedenklich gefunden wurde, hätte den Römern zuallererst die überlieferte praescriptio selbst anstößig machen müssen; tat sie das nicht, so kann sie uns auch nicht veranlassen, der richtig verstanden die demonstratio völlig ersetzenden praescriptio noch eine ganz überflüssige neue demonstratio anzuhängen. Wenn man aber fragt, warum denn überhaupt gegen den Hauptschuldner demonstriert, hier aber präskribiert worden, so ist die Frage freilich bei der Geringfügigkeit unserer Kenntnis des römischen Formelwesens schwer zu beantworten: wir wissen ja überhaupt nicht, in welchem Umfang praescriptiones statt demonstratio vorkamen. Diese Unkenntnis kann aber für uns kein Grund sein, eine tautologische Formel, wie sie Huschke will, zu akzeptieren.

[1] Sehr unwahrscheinlich ist mir die Annahme v. Koschembahr-Lyskowski's, die Condictio als Bereicherungskl. II, 91, es sei im Album für alle Fälle der incerti petitio eine schematische Generalformel proponiert gewesen.

[2] So Keller, CP bei n. 476, Rudorff, EP § 78 und, wiewohl zweifelnd, Bekker, proc. Consumtion 333.

[3] Gaius, 78. Vgl. denselben, Zgesch. RW 13, 330ff. Wie Huschke auch Karlowa, RG II, 737: die praescriptio sei ein selbständiger Satz gewesen; daran habe sich das quidquid ob eam rem nicht unmittelbar anschließen können (warum nicht?). Er nimmt hinter der praescriptio eine demonstratio an, die gar nicht auf die promissio des Bürgen, sondern auf die des Hauptschuldners abgestellt wäre. Und an diese soll sich die auf den Bürgen gestellte intentio haben anschließen können!

Vielleicht, daß die Aktionen gegen Adpromissoren durchweg die res qua de agitur in Präskriptionsform demonstrierten.

Eine wirklich zweifelhafte Frage ist dagegen die, ob wir die Formel der actio ex stipulatu nicht mit einer taxatio versehen müssen. Dafür spricht entschieden Gai. IV, 51:

> est enim una (condemnatio) *cum* aliqua praefinitione, quae uulgo dicitur cum taxatione, uelut si incertum aliquid petamus: nam illic ima parte formulae ita est: iudex N^m N^m A^o A^o dumtaxat sestertium X milia condemn*ato*.

Dafür sprechen ferner die taxierten Formeln der lex Rubria c. 20. Auch könnte es an sich nicht befremden, wenn von demjenigen, der eine actio incerti erhob, verlangt worden wäre, daß er das Maximum seiner Forderung in eine taxatio fasse, die der Prätor als Regel unbesehen der Formel angefügt, nach Umständen aber auch ermäßigt haben würde. Gleichwohl liegt die Sache nicht ganz glatt. Gaius kann entschieden nicht haben sagen wollen, daß alle actiones incerti eine taxatio hätten: hat doch schon die von ihm selbst — IV, 47 — angeführte formula depositi keine solche. Wir müssen also eine Grenze ziehen, und die Frage, wo sie zu ziehen ist, ist nach Lage der Quellen nicht mit Sicherheit zu beantworten.[1] Einer allzu einengenden Interpretation[2] scheint mir aber die Gaiusstelle sehr zu widerstreben, und so halte ich, mit Rücksicht auf die Formeln der lex Rubria, die Anwendung der taxatio gerade auf die actio ex stipulatu für überaus wahrscheinlich.[3]

§ 56. *IN BONAE FIDEI IUDICIIS QUANDO PRAESCRIBATUR?*

Ulp. 23,[4] Paul. 18,[5] Iulian. 8 (?).[6]

Die Einsicht, daß die eben betrachteten Formeln ihre Stellung im

[1] Verschiedene Ansichten bei Hefftter ad Gai. instit. 72 f., Huschke, anal. liter. 253–276, Gaius 237 f., Zimmern, CP § 57, 167, Dernburg (übereinstimmend mit Huschke), krit. Zschr. 1, 474 f., Hefke, Taxatio 22 ff. (vgl. Brinz, krit. Vjschr. 21, 583 f.).

[2] Wie sie von Hefke a. a. O. versucht wird.

[3] Desgleichen auch die Anwendung auf diejenigen b. f. iudicia, die nicht auf ein restituere gerichtet sind. Bei der Unmöglichkeit, hier irgendwo zu einer festen Entscheidung zu gelangen, gehe ich auf die Frage auch späterhin nicht weiter ein. Doch sei bemerkt, daß für die behauptete Anwendung der taxatio D. (31) 77 § 30 und C. (4. 49) 4 sehr energisch sprechen. Zur ersten Stelle, die sich auf die actio tutelae bezieht, vgl. Partsch, die longi temp. praescr. (1906) 78. Die zweite kann ohne Zwang kaum anders als auf eine taxierte actio empti gedeutet werden. Der Kläger Mucianus hatte sich wohl darüber beschwert, daß der Präses seine (des Klägers) taxatio zu stark ermäßigt habe; die Kaiser reskribieren, der Präses habe das volle nach seinem Ermessen vorhandene Interesse an der Erfüllung des Kaufs (also namentlich nicht bloß das damnum emergens) der taxatio zugrunde zu legen. Daß zur Zeit des Reskripts (a. 290) Kondemnationsanweisungen cum taxatione nicht mehr hätten vorkommen können (so wieder Hefke, a. a. O. 29), ist m. E. entschieden zuviel behauptet. Man denke an die zu instruierenden Unterrichter. Vgl. hierzu noch Wlassak, Provinzialproz. (1919) 31[41].

[4] (17. 1) 43, (19. 1) 33, (26. 7) 8, (46. 1) 31.

[5] (16. 3) 20.

[6] not. in (18. 5) 4, vgl. Ulp. 23 (19. 1) 33 und das dazu im Text Bemerkte. Vom

Edikt der praescriptio „cuius rei dies fuit" verdanken, legt den Gedanken nahe, auch noch die übrigen praescriptiones pro actore in diesem Zusammenhang des Edikts zu suchen, und diese Vermutung wird durch die S. 154 n. 4 und 5 angeführten Stellen, die sämtlich von bonae fidei iudicia handeln, bestätigt. Es genügt fast, deren Wortlaut hierher zu setzen.

Ulp. 23 (17. 1) 43:

Qui mandatum suscepit, ut pecunias in diem collocaret, isque hoc fecerit, mandati conueniendus est, ut [cum dilatione temporis][1] actionibus cedat.

Ulp. 23 (26. 7) 8:

Si tutelae agat is, cuius tutela administrata est, dicendum est nonnumquam diem creditae pecuniae exspectandam, [si forte tutor pecunias crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum uenit. sane quod ad pecunias attinet, ita demum uerum est, si potuit et debuit credere: ceterum si non debet credere, non exspectabitur].[2]

Ulp. 23 (46. 1) 31:

Si fideiussor uel quis alius pro reo ante diem creditori soluerit, exspectare debebit diem, quo eum soluere oportuit.

Alle drei Stellen handeln von der Frage, welche praestationes des Schuldners (Mandatars, Tutors, Regreßpflichtigen) als praesentes, welche als futurae anzusehen seien, d. h. einer Grund- und Hauptfrage der Präskriptionslehre, vgl. Gai. IV, 131.

Ulp. 23 (19. 1) 33:

Et si uno pretio plures res emptae sint, de singulis ex empto et uendito agi potest.

Es handelt sich hier darum, ob, wer mehrere Sachen zusammen ge- oder verkauft hat und nur wegen einer klagen will, einer Präskription bedarf oder die demonstratio auf eine beschränken kann. Cf. Gai. IV, 59.

Paul. 18 (16. 3) 20:

Si sine dolo malo rem depositam[3] tibi amiseris, nec depositi teneris nec cauere debes, si deprehenderis eam reddi: si tamen ad te iterum peruenerit, depositi teneris.

Dem Juristen lag hier die Frage vor, ob mit einer praescriptio „E. r. a. de cautione praestanda" oder überhaupt noch gar nicht geklagt werden könne.

Nach alledem halte ich es für sehr wahrscheinlich, daß im Edikt eine Rubrik des in der Überschrift dieses Paragraphen angegebenen Inhalts stand: In bonae fidei iudiciis quando praescribatur.

Kumulativkauf konnte Julian leicht auf den Alternativkauf kommen. Doch ist die Beziehung ganz unsicher. Noch mehr gilt dies von Cels. 3 dig. (2. 15) 12, — nr. 26 der Pal.

[1] Kaum echt!

[2] si forte *ad fin.*, sachlich richtig, aber nachklassische Mache. Solazzi, min. età 197[2], geht nicht weit genug.

[3] Paulus schrieb: depositam uel commodatam, de Ruggiero, bull. 19, 43.

[§ 57. *SI INCERTUM CONDICATUR?*]

Die Annahme, daß die sog. incerti condictio[1] an dieser Stelle des Albums proponiert gewesen sei, entbehrt jeder äußeren Beglaubigung.[2] Wenn ich sie dennoch in der 1. Aufl. hier einschaltete, so geschah dies lediglich, weil ich mir ihre Formel damals mit einer praescriptio ausgestattet dachte und sie daher in die Nachbarschaft der in § 55. 56 behandelten Präskriptionen setzen zu dürfen glaubte. Ich bin von dieser Vermutung längst zurückgekommen und heute der Meinung, daß das Album überhaupt keine Musterformel der condictio incerti enthielt.

Die Formel, die ich ehemals vorschlug, lautete ungefähr so:

> E. r. a. de decem quae A^s A^s N^o N^o stipulanti promisit accepto ferendis. Quidquid N^m N^m A^o A^o d. f. o., eius iudex *rel.*

Bei dieser Formulierung nahm ich mit Savigny[3] an, daß eine condictio „incerti" auch eine intentio incerta gehabt haben werde. Ein unterstützendes Moment dafür fand ich in den Stipulationen „quod ex causa condictionis d. f. oportet" und „quidquid furem d. f. o.", die in fr. 29 § 1 (45. 1) und in fr. 72 § 3 (46. 3) erwähnt und schon von Savigny angeführt werden. Die intentio incerta aber könnte nicht für sich allein gestanden haben: sie verlange eine vorausgehende praescriptio oder demonstratio. Eine praescriptio oder demonstratio welchen Inhalts? Das Nächstliegende schien eine solche, die die causa agendi klarstellte. Allein diesen Gedanken verwarf ich aus zwei Gründen. Einmal deshalb, weil die condictio incerti sich historisch aus der condictio certi herausentwickelt hat:[4] da nun aber das Wesen dieser gerade darin liegt, daß sie abstrakt formuliert ist (s. § 95), so schien mir eine die causa individualisierende Fassung des jüngern Gebildes höchst unwahrscheinlich. Zweitens deshalb, weil bei solcher Formulierung das Nebeneinanderstehen von condictio incerti und actio praescriptis uerbis völlig unbegreiflich wäre: wer hätte den beiden Aktionen, die beide im gleichen Fall zustehen konnten, ihr verschiedenes Ziel ansehen können? So kam ich denn auf den Ausweg, die unentbehrliche praescriptio so zu fassen, daß sie nicht die causa agendi, sondern das Klagbegehren spezialisierte. Und als ein freilich manchem Zweifel ausgesetztes Zeugnis für die Hypothese einer praescriptio meinte ich fr. 19 § 2 (43. 26) anführen zu dürfen, wo den Worten „incerti condictione" erläuternd beigefügt ist: id est praescriptis uerbis.[5]

So meine Argumentation. Allein dies ganze Gebäude ist ein Karten-

[1] Eine Auseinandersetzung mit der ganzen stark angeschwollenen Literatur über die condictio incerti ist an dieser Stelle weder möglich noch nötig.

[2] Insbesondere gewährt Iulian. 8 (12. 7) 3 keine solche (vgl. Iulian. nr. 124).

[3] System V, 605.

[4] A. M. allerdings v. Meltzl, über den Urspr. der condictio incerti 1907.

[5] Ich nahm an, daß Julian, der Verfasser der Stelle, damit nicht auf die actio praescriptis uerbis, sondern auf die von mir vermutete praescriptio habe hindeuten wollen.

haus. Zunächst der Schluß von dem Namen „condictio incerti“ auf intentio incerta ist an sich kein sicherer; ist aber gar richtig, was mit sehr beachtenswerten Gründen ausgeführt wird, — daß nämlich die Bezeichnung „condictio incerti“[1] erst den Kompilatoren angehört[2] —, so fällt vollends der ganze Schluß zusammen. Die Stipulationsformeln in fr. 29 § 1, fr. 72 § 3 cit. sind bedeutungslos: sie reproduzieren nicht die intentio der nach dem Tatbestand (furtum) zustehenden condictio, — denn das würde eine condictio certae rei sein. Die Worte „id est praescriptis uerbis“ ferner in fr. 19 § 2 cit. sind nicht bloß möglicherweise interpoliert, was ich schon damals bemerkte; sie müssen vielmehr nach dem heutigen Stande der Forschung als ganz zweifellose Interpolation angesehen werden.[3] Und endlich, meine Formel selbst ist auch aus innern Gründen unglaublich. Wohl versteht man es, wenn einer incerta intentio eine praescriptio vorausgeschickt wird, um die Tragweite der Konsumtionswirkung einzuschränken. Aber warum hätte man die intentio unserer Formel überhaupt unbestimmt fassen sollen, wenn sie doch immer von einer praescriptio begleitet sein mußte, die das Klagbegehren auf das genaueste spezialisierte? Die Lösung dieses Rätsels ist mir nicht gelungen und konnte nicht gelingen.

Ist meine spezialisierende praescriptio zu verwerfen, so bleibt das wahrscheinlichste, daß die intentio selbst es war, die das Klagbegehren spezialisierte. Diese Vermutung haben längst Karlowa[4] und Baron[5] aufgestellt, und der gleichen Ansicht dürfte auch Bekker sein, dessen Vorschlag[6] „s. p. N^{m} A^{o} [incertum . . .] d. f. o.“ ja wohl nur als ein nach Maßgabe des Klagbegehrens zu spezialisierendes Formular aufgefaßt sein will.[7] So würde die Formel z. B. lauten können: „s. p. N^{m} N^{m} eam stipulationem, quam A^{s} A^{s} ei repromisit, A^{o} A^{o} acceptam facere oportere, quanti ea res est, t. p. iudex, *etc.*“[8] Was ich seinerzeit gegen eine solche Formulierung vorbrachte, scheint mir nicht mehr haltbar. Ich meinte, eine derartig spezialisierte intentio auf facere sei uns nirgends auch nur andeutungsweise überliefert.

[1] Ebenso wie auch die „condictio certi“, s. unten § 95.

[2] Vgl. besonders Trampedach, SZ 17, 135ff., vor ihm schon Naber, Mnemos. 20, 315f., v. Mayr, SZ 25, 188ff., v. Koschembahr-Lyskowski, die Condictio als Bereicherungskl. II, 45. 78ff., Michon, NRH 1908, 367f., 388f., Benigni, arch. giur. 75, 309f.

[3] v. Mayr, a. a. O. 212f., hält freilich, obwohl er die Interpolation anerkennt, an der Richtigkeit der in der Stelle ausgesprochenen Identifizierung fest.

[4] CP z. Zt. der Legisact. (1872) 240.

[5] Die Condictionen (1881) 230.

[6] Aktionen I, 111 n. 34.

[7] Dagegen nimmt Karlowa, RG II, 709f. eine wörtlich auf „incertum d. f. o.“ gerichtete intentio an. Ich halte diese Formulierung aus mancherlei Gründen für unmöglich, insbesondere auch deshalb, weil der Inhalt eines oportere zwar subjektiv ungewiß sein kann, niemals aber objektiv unbestimmt ist. Der im Text angenommenen Ansicht schließen sich auch an Pernice, Labeo III, 209f., Trampedach, a. a. O. 126ff., und in ausführlicher Begründung v. Koschembahr-Lyskowski in dem n. 2 angeführten Buch. Des letzteren „arbitrium in iure“ (a. a. O. 312ff.) kann ich freilich nicht akzeptieren.

[8] Ganz anders und m. E. unhaltbar de Visscher, la condictio (1923). Nach ihm hätte die Jurisprudenz des 2. Jhdts. unter dem Namen condictio incerti verschiedene formulae in factum zusammengefaßt, die bestimmt gewesen seien, das Gebiet des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung zu erweitern.

Aber unsere Überlieferung römischer Formeln ist überhaupt so lückenhaft, daß dies kein ernsthafter Gegengrund sein kann. Die ganze Unterscheidung, sagte ich weiter, zwischen actio certi und incerti setze die Unmöglichkeit einer solchen Formel voraus: wie hätten die Römer jemals darauf kommen können, aus der auf ein facere oder ein unbestimmtes dare gerichteten Stipulation die in § 55 erwähnte Formel zu gewähren, wenn ihnen eine auf facere gestellte, bestimmt gefaßte Formel geläufig gewesen wäre? Allein nicht nur ist die sog. condictio incerti, d. h. die auf facere oportere gerichtete condictio, viel jünger als die actio ex stipulatu (s. unten), sondern die Fassung der demonstratio bei letzterer erklärt sich auch sehr einfach daraus, daß es impraktikabel war, den Inhalt der oft außerordentlich umfangreichen Stipulationen in der Formel zu reproduzieren, eine Schwierigkeit, die bei der intentio der condictio incerti nicht bestand. Wenn mir endlich auch die Ausdrucksweise der Quellen darauf hinzuweisen schien, daß die intentio der condictio incerti nicht direkt auf das Klagbegehren gerichtet gewesen sei, daß man vielmehr in ihrer Unbestimmtheit nur ein Mittel erblickt habe, zu den verschiedensten Zielen zu gelangen, so trifft auch das nicht zu. Ich hatte dabei die bekannten Wendungen im Auge: „incerti condictione consequi possunt, ut liberentur", „incerti condictione compellam, ut mihi acceptum faciat" u. ähnl.[1] Allein abgesehen davon, daß die Klassizität der von mir angezogenen Texte keineswegs durchweg über jeden Zweifel erhaben ist:[2] erwägt man, daß die condictio incerti sich langsam und allmählich aus der condictio certi herausentwickelt hat, daß es daher sicherlich lange im Schwanken war, was man denn mit ihr begehren und erreichen könne, so würde sich daraus allein schon die Form, worin jene Stellen ihre Entscheidung geben, soweit diese Form wirklich den Klassikern angehört, hinreichend erklären.

Ich halte es, wie oben schon bemerkt, für nicht wahrscheinlich, daß eine Musterformel der condictio incerti im Album proponiert war. Ihre Anerkennung fällt in verhältnismäßig späte Zeit, — sie ist keinesfalls vor der Zeit Trajans nachweisbar,[3] in den Resten der Ediktkommentare findet sich keine Spur, die auf eine ediktale Formel hindeutete. Sie scheint vielmehr eine Schöpfung der Jurisprudenz gewesen zu sein, die in der condictio certae rei den Anhalt fand, der die Zulassung der neuen actio ermöglichte. Je ähnlicher wir uns ihre Gestalt der der condictio certae rei denken, um so leichter konnte ihre formelle Anerkennung durch das prätorische Edikt entbehrt werden.

[1] (12. 7) 3, (19. 1) 5 § 1, 8, (23. 3) 46 pr., (39. 5) 2 § 3. 4, (44. 4) 7 pr. § 1, C. (4. 6) 4.

[2] Vgl. dazu die Nachweisungen in meiner Palingenesie, ferner besonders Pernice, Labeo III, 203 ff., Trampedach, a. a. O. 135 ff., Pflüger, SZ 18, 75. Dieser letztere (ebenso auch Benigni a. a. O.) hält sogar, gestützt auf die große Zahl der erweislichen Interpolationen, die ganze sog. condictio incerti auch materiell für eine Schöpfung der Kompilatoren. Gegen ihn: H. Krüger, SZ 34, 422 f., W. Stintzing, Beiträge z. röm. RG 20 ff., v. Mayr, SZ 25, 188 ff., v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. 129 ff.

[3] Zuerst bei Aristo in (13. 1) 12 § 2, wenn hier keine Interpolation vorliegt. Vgl. Trampedach, a. a. O. 98 f.; auch H. Krüger, Grünh. Z 21, 321 ff., v. Mayr, SZ 25, 195.

§ 58. DE NOXALIBUS ACTIONIBUS[1]

Ulp. 23,[2] Paul. 18,[3] Gai. 6,[4] Iulian. 9,[5] Callistr. 2.[6]
Ulp. 23 h. t. 21 § 2:

> Praetor ait: SI IS IN CUIUS POTESTATE[7] ESSE DICETUR NEGABIT[8] SE IN SUA POTESTATE SERUUM[9] HABERE: UTRUM ACTOR UOLET,[10] UEL DEIERARE IUBEBO[11] IN POTESTATE SUA NON ESSE NEQUE SE DOLO MALO FECISSE, QUO MINUS ESSET, UEL IUDICIUM DABO SINE NOXAE DEDITIONE.[12]

Das obige Edikt betrifft im überlieferten Wortlaut nur den Fall der Klage aus Sklavendelikt. Diese Beschränkung dürfte auf die Kompilatoren zurückgehen; der ursprüngliche Wortlaut wird die Noxalhaftung aus den Delikten aller der Personen umfaßt haben, wegen deren überhaupt Noxalklage erhoben werden konnte.[13]

Der Sinn des Edikts scheint mir völlig klar. Nach ius ciuile, wie nach ius honorarium, untersteht nur der besitzende Gewalthaber der Noxalhaftung, jedenfalls der Regel nach:[14] hätte man von dieser Voraussetzung absehen wollen, so würde dem Erfolg nach der Eigentümer eines entflohenen und nicht wiedererlangten Sklaven für alle dessen Delikte mit der

[1] D. (9. 4), C. (3. 41), I. (4. 8).
[2] h. t. 21.
[3] eod. 22, 24, 26, (39. 3) 7, (50. 17) 136 cf. Ulp. 23 h. t. 21 § 1.
[4] (2. 9) 4, h. t. 15, 23, 25, 27, 29.
[5] h. t. 39.
[6] h. t. 32.
[7] Ulp. 23 h. t. 21 § 3, Paul. 18 h. t. 22 pr.–§ 2. Vgl. (50. 16) 215.
[8] Paul. 18 h. t. 22 § 3.
[9] Gelegentlich unseres Edikts wurden auch noch andere analoge Fälle besprochen: Paul. 18 (39. 3) 7. Vgl. Demelius, die Confessio, 333 ff.
[10] Paul. 18 h. t. 22 § 4.
[11] Ulp. 23 h. t. 21 § 4–6.
[12] Paul. 18 h. t. 24, 26 pr.–§ 5, vgl. h. t. 12.
[13] So EP[1]. Mit Unrecht anders EP[2]. Die Itp. verrät sich durch die verkehrte Stellung des Worts seruum. Hätte das Edikt sich nur auf den seruus bezogen, so wäre er schon vorher genannt gewesen und würden wir an Stelle des seruum nur ein eum finden. Vgl. auch Beseler, SZ 46, 114.
[14] Vgl. z. B. Paul. II, 31 § 37; h. t. 7, 12, 26 § 2, (47. 2) 17 § 3, C. (6. 2) 21. Der Grundsatz war ein offenbares Gebot der Billigkeit (s. oben im Text). Sehr auffallend ist daher, daß fr. 27 § 3 (9. 2) für die actio legis Aquiliae das Erfordernis zu verneinen scheint. Schol. 15 Bas. LX, 3, 27 (bei Heimb. V, 289) deutet die Stelle dahin, nicht daß der Eigentümer durante fuga hafte, sondern daß er (unter den gewöhnlichen Voraussetzungen) auch für die Delikte hafte, die der flüchtige Sklave begehe. Dieser Deutung schloß ich mich in EP[1] (S. 124) an; ebenso Naber, Mnemos. 30, 173. Mit Recht bemerkt Girard, NRH 1887, 431 f. (mél. II, 332[2]), daß diese Deutung mit den Worten des fr. 27 § 3 (an is qui seruum in fuga habet teneatur) schwer zu vereinbaren sei, und es kann Naber a. a. O. nicht zugegeben werden, daß fr. 19 § 1 (9. 4), eine mit Sicherheit nicht zu deutende Stelle (vgl. über sie unten § 77 g. E.), einen Beweis dafür enthalte, daß auch ex lege Aquilia nur der besitzende Eigentümer gehaftet habe (so die sch. 6 und 8 Bas. LX, 5, 19, bei Heimb. V, 353). Andererseits fehlt jede Erklärung für die angebliche Singularität der Aquilischen Klage, und wirkliche Schwierigkeit bereitet fr. 19 § 2 eod.: wenn die Noxalhaftung ex lege Aquilia nur vom Eigentum abhängt, warum haftet im Fall der Stelle der dominus für die Tat des uicarius nicht direkt? Die Lösung dürfte in Interpolationen zu suchen sein. Vgl. auch Beseler, SZ 46, 108. 112, dessen Rekonstruktion von fr. 27 § 3 cit. mir aber sehr viel weniger einleuchtet als die von fr. 19 § 2 cit. In fr. 27 § 3 fällt auf, daß der Jurist, statt einfach zu sagen: der dominus hafte auch, wenn er nicht besitze, nur den besondern Fall der fuga erwähnt.

litis aestimatio haben einstehen müssen, da ihm ja die andere sonst offene Alternative des noxae dedere hier verschlossen war. Das „in potestate esse" ist diese tatsächliche Seite der Passivlegitimation, die neben der rechtlichen — bei Sklaven dem Eigentum — nicht fehlen darf, wenn für den dominus ein actione teneri vorliegen soll. Dementsprechend definiert Ulp. 23 h. t. 21 § 3:

„In potestate" sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat: ceterum si in fuga sit uel peregre, non uidebitur esse in potestate.

Ebenso Paul. (50. 16) 215:

. . . praesentis corporis copiam facultatemque.

Vgl. ferner (47. 2) 17 § 3. Unser Edikt verfolgt nun durch das dem Kläger eingeräumte alternative Recht den Doppelzweck, für den Beklagten die wahrheitswidrige Ableugnung des in potestate esse, wie auch die dolose Beseitigung dieser Voraussetzung seiner Haftung bedenklich und gefährlich zu machen.

Handelt unser Edikt nur von der tatsächlichen Seite der Passivlegitimation, so drängt sich die Frage auf, ob denn von deren rechtlicher Seite hier nicht ebenfalls die Rede war. In der Tat hat der Prätor zweifellos neben unserer interrogatio de facto (an in potestate sit)[1] auch eine interrogatio de iure (an eius sit) zugelassen,[2] die mit jener nicht verwechselt werden darf. Wir stehen vor dem Problem, wie diese beiden interrogationes nebeneinander funktioniert haben. Die Lösung des Rätsels dürfte in folgendem liegen.[3]

Es ist eine bekannte Tatsache, daß es für die Gestaltung des Noxalverfahrens nicht gleichgültig war, ob der Sklave (ich beschränke mich im folgenden der Kürze halber auf das Sklavendelikt), wegen dessen Klage erhoben werden wollte, gegenwärtig, d. h. in iure gegenwärtig, oder abwesend war.[4] Nun weisen mehrere Stellen in den Kommentaren zu dem

[1] In der 1. Aufl. habe ich die Existenz einer eigentlichen interrogatio an in potestate sit bestritten. Sie ergibt sich aber mit Sicherheit aus (11. 1) 5, 16 pr., 17. Vgl. Girard, a. a. O. 427[2] (mél. II, 328[2]).

[2] Sie ist oft bezeugt: h. t. 26 § 3, 27 § 1, 39 § 1, (11. 1) 8, 13 pr. § 1 (im pr. interrogatio über die patria potestas), 14 pr., 20 pr., s. auch eod. 7, (9. 1) 1 § 15. Girard, der (s. n. 1) die von mir in der 1. Aufl. angenommene Meinung treffend widerlegt hat, meint seinerseits, die interrogatio an in potestate sit habe sich nicht bloß auf die puissance de fait, sondern auch auf die puissance juridique bezogen; eine besondere interrogatio de iure sei überflüssig gewesen und habe nicht existiert. M. E. sind mit dieser Annahme weder die im Text angef. Definitionen der potestas noch die Quellenstellen vereinbar, die die Sonderexistenz der interr. an eius sit beweisen. Ebensowenig kann ich der Ansicht Nabers (Mnemos. l. c. 176) beitreten, der das „an eius sit" nur für eine ungenaue Wiedergabe des „an in potestate sit" hält, daher eine besondere interrogatio de iure allen obigen Stellen zum Trotze bestreitet.

[3] Sehr abweichend die 1. Aufl., teilweise anders auch meine Abhandl. SZ 20, 5 ff., die aber doch die Grundlage der Lösung des Problems enthält. Ganz anders wieder Biondi, a^es noxales (1925) 291 ff. Sein Erklärungsversuch hängt mit seiner unhaltbaren Auffassung des Wesens der a^es noxales enge zusammen und steht und fällt mit dieser. S. gegen ihn meine Abh. SZ 47, 1 ff.

[4] Vgl. insbesondere (2. 9) 2 § 1, h. t. 21 § 1.

überlieferten Edikt mit aller Bestimmtheit darauf hin, daß sich dies Edikt ausschließlich auf den Fall der absentia serui bezog. Vor allem Paul. 18 h. t. 22 § 3:

> Dominus qui seruum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur,[1] atque si praesentem non noxae dederit.

Ebenso bezeichnet Ulp. 23 h. t. 21 § 4 den Delinquenten als absens:

> Quod si reus iurare nolit, similis est ei qui neque defendit absentem neque exhibet: qui [condemnantur quasi contumaces].[2]

Desgleichen Paul. 18 h. t. 26 § 5:

> nam liberum esse debet defendenti absentem seruum huius edicti poenam euitare . . .

Unter dieser Beleuchtung gewinnt es Bedeutung, daß Ulpian in fr. 21 § 1 h. t., unmittelbar vor der Stelle, wo uns der Wortlaut unseres Edikts überliefert wird, den Unterschied zwischen den Fällen der absentia und der praesentia serui hervorhebt:

> Eos quorum nomine noxali iudicio agitur etiam absentes defendi posse placuit: sed hoc ita demum, si proprii sint serui: [nam si alieni, praesentes esse oportet, aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni]. quod ita puto accipiendum,[3] ut si constet uel bona fide seruire, etiam absentes possint defendi.[4]

Nach alledem darf es als sicher gelten, daß unser Edikt nur den Fall der absentia serui ordnete.[5] Und das ist leicht zu begreifen. War der Sklave in iure gegenwärtig, so hatte es schlechterdings keinen Sinn, den in ius vozierten Gegner zu fragen, an seruum in potestate habeat. Der Sklave war ja da, er war „exhibiert", die Frage nach der facultas exhibendi also gegenstandslos. Nur darauf konnte es hier ankommen, ob der Gegner sich als dominus bekannte oder nicht. Wenn ja, so mußte er entweder die Defension des Sklaven, d. h. das iudicium noxale übernehmen[6] oder den Sklaven noxae dedieren;[7] tat er keines von beiden, so unterlag er selbst

[1] ducitur hieß es sehr wahrscheinlich im Original. Partsch, SZ 31, 412[1]. Ganz anders Beseler, Beitr. III, 9. SZ 46, 114.

[2] Der Schluß scheint interpoliert. Ulpian wird geschrieben haben: ducuntur. Vgl. l. Rubr. c. 22 und Naber, a. a. O. 177.

[3] Diese Wendung deutet auf ein vorhergegangenes Zitat, das die Kompilatoren gestrichen oder verdunkelt haben.

[4] Die Echtheit des Schlusses (s. Beseler, SZ 46, 113) kann hier dahingestellt bleiben; intakt ist er nicht.

[5] Dagegen betrifft fr. 21 pr. h. t., wie aus der Erwähnung der noxae deditio hervorgeht, augenscheinlich den Fall der praesentia serui, da ja nur der praesens noxae dediert werden kann. Der Schluß der Stelle von „aut si id non faciat" an ist augenscheinlich interpoliert. Der dominus, der den praesens weder defendierte noch noxae dedierte, unterlag nach klassischem Recht der ductio oder missio in bona. Vgl. Naber, a. a. O. 177. Verkannt von Karlowa, RG II, 1175.

[6] Doch genügte vorläufig auch Stellung des Vadimoniums, vgl. (2. 9) 2 § 1.

[7] Dies leugnet Naber, a. a. O. 175 n. 10. Er meint, aus der Deditionspflicht des wirklichen dominus könne man nicht auf die des bloßen fassus se dominum schließen, und beruft sich auf fr. 27 § 1 ict. 28 h. t. Allein aus diesen Stellen geht keineswegs hervor, daß der falso confessus se dominum esse nicht die gleiche alternative Verpflichtung

der ductio oder missio in bona.[1] Bekannte sich umgekehrt der Gegner nicht als dominus, so hinderte ihn das nicht, gleichwohl das iudicium noxale zu übernehmen, — denn die Defension des seruus praesens stand cum satisdatione jedem frei;[2] übernahm er es aber nicht, so konnte sich der Kläger jedenfalls ohne weiteres zur ductio des Sklaven ermächtigen lassen,[3] brauchte sich jedoch, wenn der Gegner trotz seines Leugnens der wirkliche Eigentümer war, mit der bloßen ductio durchaus nicht zu begnügen; denn der Eigentümer des Delinquenten ist, wenn er ihn nicht defendieren will, zur noxae deditio, d. h. zu positivem Handeln, zur Übertragung des zivilen Eigentums im Wege der Manzipation verbunden.[4] Der Kläger hatte daher ein ganz entschiedenes und wohlberechtigtes Interesse daran, von seinem Gegner in der Eigentumsfrage wahrheitsgetreu berichtet zu werden, und dieses Interesses nahm sich mit Fug der Prätor an, indem er dem Kläger Fragerecht und, wenn er sich imstande fühlte, das geleugnete Eigentum des Beklagten zu beweisen, iudicium sine noxae deditione gewährte und so das Lügen für letztern gefahrvoll machte. Die Zuständigkeit gedachten Iudiciums wird m. E. durch (9. 1) 1 § 15 zur Evidenz bewiesen. Die gleiche Behandlung wird auch für den Fall zu vermuten sein, wenn der Beklagte auf die interrogatio an eius sit schwieg; doch wäre auch denkbar, daß das Schweigen als Verletzung einer Defensionspflicht ductio des Schweigenden selbst oder sonstigen prätorischen Zwang nach sich zog.

Ganz anders lag die Sache bei Abwesenheit des Sklaven. Wenn freilich B e s e l e r[5] meint, einen seruus absens habe der dominus überhaupt

hatte wie der wirkliche dominus, sondern nur, daß ihn die zivilrechtlich wirkungslose noxae deditio nicht ipso iure liberierte. Doch wird der Erwerber, wie sich aus dem echten Anfang von fr. 28 h. t. ergibt, publizianisch geschützt, s. auch Ulp. 16 (6. 2) 5. Es wäre m. E. ja auch praktisch undenkbar, daß man demjenigen, der sich als dominus bekannt hatte, nicht die gleichen Pflichten auferlegt hätte wie dem wirklichen dominus.

[1] Vgl. S. 161 n. 5. Nur weil sich der Beklagte durch noxae deditio stets der Defension entziehen kann, heißt es in fr. 33 h. t.: Noxali iudicio inuitus nemo cogitur alium defendere.

[2] Arg. h. t. 39 § 1, (2. 9) 2 § 1.

[3] (2. 9) 2 § 1. Vgl. ferner h. t. 32, 26 § 6, 28, 31, (6. 2) 6. In fr. 26 § 6 cit. sind die Worte „uel etiam praesente" interpoliert. P i s s a r d, ét. Girard 247 scheint den Text dahin mißzuverstehen, als ob ich die ductio nicht in jedem Fall der Defensionsweigerung zulassen wolle, sondern sie auf den Fall *beschränke,* où l'adversaire de la victime ne fournit pas de caution. Davon ist natürlich keine Rede.

[4] Callistr. 2 h. t. 32: si non defendatur, ducitur; et si praesens est dominus, tradere (Callistratus schrieb ohne allen Zweifel mancipio dare) eum et de dolo promittere debet. Vgl. ferner 21 pr., 22 § 3, 28, 29. Sehr mit Unrecht halten E i s e l e, SZ 13, 124, B i o n d i, a. a. O. 207. 295 u. die dort Angef. die Einschärfung der Deditionspflicht in fr. 21 pr., 29, 32 cit. für interpoliert. Daß die Pflicht zur noxae deditio Pflicht zur Manzipation bedeutet, erweist auch Gai. I, 141, IV, 79 (s. SZ 47, 12 f.). P i s s a r d, a. a. O. 251, wundert sich, daß die Manzipationspflicht h. t. 32 nur dem dominus praesens auferlegt werde; aber manzipieren *kann* doch nur der dominus praesens; die praesentia aber kann durch in ius vocatio jederzeit erzwungen werden. Er fragt auch noch (ebenso auch B i o n d i, a. a. O. 294 f.), welchen Wert denn das zivile Eigentum neben dem durch das bloße ducere erreichbaren prätorischen Rechtsschutz für den Kläger hätte haben sollen; man könnte ebensowohl fragen, warum die Römer jenes überhaupt neben dem bonitarischen beibehalten haben.

[5] SZ 46, 104.

nicht defendieren können, so widerspricht diese Annahme nicht nur ausdrücklichen Quellenzeugnissen, die durch verwegene Interpolationistik aus dem Weg geräumt werden müssen, sondern auch den elementarsten Anforderungen der Billigkeit. Sollte wirklich der dominus, auf eine vielleicht ganz haltlose Beschuldigung hin, haben gezwungen werden können, seinen Sklaven, den er etwa in wichtigen Geschäften ans Ende der römischen Welt geschickt hatte, nach Rom kommen zu lassen, wenn er ihn gegen die actio noxalis defendieren wollte? Das ist m. E. ganz undenkbar. Die römische Ordnung war m. E. die folgende. Gab der in ius vozierte Gegner sein Eigentum am seruus absens zu, so konnte er doch immer seine Defensionspflicht bestreiten, indem er sich darauf berief, er habe den Sklaven nicht in potestate. Daher die Notwendigkeit einer besondern interrogatio de facto, die in unserm Edikt vorgesehen war. Diese interrogatio wurde nicht etwa mit der interrogatio de iure verbunden,[1] sondern hatte eine ganz selbständige und leicht zu verstehende Bedeutung. Man muß sich die Lage bei B e j a h u n g und bei V e r n e i n u n g der Frage vergegenwärtigen.

Bejahte der Belangte die Frage, an seruus in potestate eius sit, so trat die Frage an seruus eius sit gänzlich in den Hintergrund. Denn gesetzt auch, daß der Belangte nicht der Eigentümer, und also in der Lage war, die Frage nach dem Eigentum ganz wahrheitsgemäß zu verneinen, so konnte er sich doch dadurch unmöglich jeder Haftung entziehen; die gegenteilige Annahme würde darauf hinauslaufen, daß der im Besitz befindliche Dieb des Delinquenten diesen seinen Besitz dem Verletzten gegenüber ruhig hätte behalten dürfen. Vielmehr ist klar, daß, wer den Besitz an dem abwesenden Sklaven zugestanden hatte, eines von zwei Dingen tun mußte: e n t w e d e r, ob Eigentümer oder nicht, sich zur Übernahme des iudicium noxale erbieten (seruum defendere),[2] o d e r die künftige Stellung des Sklaven versprechen, um die ductio zu ermöglichen, eventuell ihn als seruus praesens noxae zu dedieren.[3] Genau dies ist das Bild, das uns die Quellen gewähren. „Dominus, qui seruum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere", sagt Paul. 18 h. t. 22 § 3,[4] und die gleiche Wahl zwischen defensio und cautio de exhibendo stellt

[1] So irrig SZ 20, 9 und éd. perp. I, 183. Nirgends tritt in den Quellen eine solche Verbindung hervor.

[2] Defensions b e r e c h t i g t war er freilich nur, wenn Eigentümer. Bestritt Kläger seine Eigentümerqualität, so konnte er das Defensionsanerbieten ablehnen und cautio de seruo exhibendo verlangen. In fr. 21 § 1 h.t. ist der Passus „aut si dubitetur" zwar sicher itp., aber sachlich nicht unrichtig. Über ein solches Verlangen entschied dann der Prätor causa cognita. Die Ausführungen B e s e l e r s (II, 130) sind mir trotz wiederholten Bemühens nicht verständlich geworden. Dunkel ist mir insbesondere geblieben, was B. unter dem „offenbaren" Eigentümer versteht. Im Prozeß gibt es m. E. nur streitiges oder unstreitiges Eigentum. B.s damaliger Standpunkt ist wohl heute (SZ 46, 104) von ihm verlassen.

[3] Tut er keines von beiden, so unterliegt er selbst der ductio, s. oben S. 161 n. 2. Ist der Sklave exhibiert, so ist er praesens, und es greifen dann die im Text weiter oben dargelegten Grundsätze Platz.

[4] Von B e s e l e r SZ 46, 114 mit Unrecht beanstandet.

Paul. 6 (2. 9) 2 § 1.[1] Man darf sich in diesen Stellen nicht etwa an das Wort „dominus" klammern, gleich als ob die Frage an seruum in potestate habeat nur dem dominus oder dem fassus se dominum esse hätte gestellt werden können.[2] Erklärte der de facto Befragte, er habe den Sklaven, sei aber nicht dominus — was ihm natürlich freistand —, so bedeutete das, da den absens nur der dominus zu defendieren berechtigt war, nur einfach, daß der Kläger sich jetzt auf ein etwaiges Defensionsanerbieten nicht einzulassen brauchte, sondern glattweg cautio de exhibendo verlangen konnte.

Setzen wir den umgekehrten Fall, daß der Belangte die interrogatio de facto verneint, so ist die weitere Frage de iure völlig gegenstandslos. Denn entweder ist die Antwort wahr, — dann haftet ja der Belangte nicht, auch wenn er Eigentümer wäre. Oder sie ist falsch, — dann hilft dem Kläger das in unserm Edikt gewährte alternative Recht, das nichts voraussetzt als die Ableugnung des Besitzes und von dem Eigentum oder Nichteigentum des Beklagten ganz unabhängig ist. Bleibt noch die Möglichkeit, daß der Gefragte überhaupt keine Antwort gibt: dies wird entweder dem Leugnen gleich gegolten, oder es wird der Schweigende durch prätorische Zwangsmittel, etwa Androhung der ductio, zum Reden gezwungen worden sein.[3] Das Edikt hat, soweit wir sehen können, weder diesen Fall noch den Si fatebitur besonders geregelt,[4] sondern in beiden die Entscheidung als selbstverständlich der Praxis überlassen.

Was nun die Formeln angeht, die auf Grund der verschiedenen Responsionen erteilt wurden, so kann ich auch hier die Ergebnisse, zu denen ich in der 1. Aufl. gelangt war, nicht mehr durchweg festhalten. Drei Fälle sind hier zu unterscheiden.[5]

1. Der Gegner hat — wie Kläger beweisen zu können glaubt, wahrheitswidrig — sein Eigentum am Sklaven bestritten. Hier kommt es — arg. (9. 1) 1 § 15 — zu einem iudicium sine noxae deditione, dessen Formel sich m. E. von der des gewöhnlichen iudicium noxale nur dadurch unter-

[1] Insoweit m. E. unverdächtig.

[2] Das Gegenteil geht klar aus fr. 22 § 1 h. t. hervor; denn wenn hier — im Kommentar zu unserm Edikt — von dem Pfandgläubiger und Prekaristen gesagt wird, daß sie der Noxalklage nicht hafteten, daß vielmehr der von jenen besessene Sklave in potestate des rückforderungsberechtigten Eigentümers sei, so ergibt sich als notwendiger Schluß, daß die Frage, an in potestate sit, einem jeden vorgelegt werden konnte und von dem Eigenbesitzer bejaht werden mußte. Vgl. auch Naber, a. a. O. 171. Die Begründung „licet enim—possident" ist freilich itp., trifft aber in ungeschickter Ausdrucksweise doch das Richtige.

[3] Arg. (25. 4) 1 § 3. Vgl. l. Rubr. c. 22.

[4] Hätte der Prätor den Fall Si fatebitur überhaupt vorgesehen, so stünde zu vermuten, daß dieser Fall vor dem Fall Si negabit geregelt worden wäre. Ulpian in fr. 21 § 3 erörtert aber den Begriff des in potestate esse erst gelegentlich des Edikts Si negabit, so als ob er hier erstmals vorkäme. Von Paulus läßt sich ein Gleiches nicht mit Sicherheit behaupten: fr. 22 § 3 kann gelegentliche Bemerkung (so die 1. Aufl. S. 127), könnte aber auch Kommentar eines Edikts sein.

[5] Eine Kritik der von Betti, atti Tor. 50, 400 ff., hergestellten Formelgebilde versage ich mir. Es handelt sich hier um sachlich und sprachlich gleich unmögliche „monstra formolari" (a. a. O. 395 unt.).

schied, daß in der condemnatio die Worte „aut noxae dedere" wegblieben, also z. B.:

S. p. . . . ope consilio Stichi serui furtum factum esse . . ., quam ob rem N^m N^m aut . . . damnum decidere aut . . . noxae dedere oportet,[1] . . . t. p. iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Da Kläger hier alle zivilen Voraussetzungen des alternativen oportere in der Person seines Gegners nachweisen muß, war keinerlei Grund, weitere Veränderungen an der Formel vorzunehmen.[2] Wenn Beklagter etwa vor der Litiskontestation bestritt, daß er im Interrogationstermin sein Eigentum geleugnet habe, so konnte er das selbstverständlich nur, indem er es jetzt zugab, und dann dürfte sicher die Formel i. d. R. nach Maßgabe dieser neuen responsio gebildet worden sein (s. unter 2.). Ob es dem Kläger freistand, statt dessen den Gegner an seinem früheren Nein festzuhalten und demgemäß auf dem iudicium sine noxae deditione zu bestehen, läßt sich aus den Quellen nicht entscheiden.[3] Stand es ihm frei, so mußte dem Beklagten eine exceptio „si negauit" gewährt werden.[4]

2. Der Gegner hat zugestanden, daß der gegenwärtige Sklave in seinem Eigentum, oder daß der abwesende in seiner potestas stehe, und übernimmt die Defension. Dann kommt es zu einer eigentümlichen unpersönlich gefaßten Formel. Die Folge der Defensionsübernahme ist ja, daß, wer immer Eigentümer des Sklaven sein mag — der Befragte oder ein anderer —, er die diesen treffende Haftung zu tragen hat; daher war hier die intentio einfach auf das für irgend jemand bestehende oportere abzustellen, ohne Angabe eines Namens, also ungefähr so:

S. p. . . . ope consilio Stichi serui furtum factum esse paterae aureae, q. o. r. dominum Stichi A^o A^o aut pro fure damnum decidere aut Stichum seruum noxae dedere oportet[5] *rel.*

Der Beweis für diese schon an sich einleuchtende Fassung der intentio liegt in folgenden Stellen.

Fr. 13 pr. (11. 1):

Confessionibus falsis respondentes ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio, quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, ⟨eam⟩ in nosmet confessione nostra conferimus.[6]

[1] Zur intentio vgl. § 128 und 75.

[2] Bei den formulae in factum conceptae konnte ebenfalls die gewöhnliche intentio ganz unverändert bleiben.

[3] Die in fr. 26 § 5 h. t. gegebene Entscheidung (soweit echt) darf nicht ohne weiteres auf diesen Fall erstreckt werden.

[4] Arg. (22. 5) 18 § 2, s. oben S. 148.

[5] So EP[1] 128. Anders éd. perp. I, 184, und wieder anders EP[2], wo ich die intentio ohne Nennung des dominus passivisch faßte (decidi aut noxae dedi oportere). Das von Partsch, SZ 31, 412 auf (11. 1) 16 § 1 gegründete Bedenken trifft freilich beide Fassungen; aber die Stelle selbst läßt erkennen, daß dies Bedenken durch die Fassung der Formel nicht erledigt war. Bei den formulae in factum conceptae konnte die juristische Bedeutung der Antwort nicht in gleicher Plastik hervortreten. Hier war nur folgende Fassung möglich: „S. p. Stichum seruum fecisse, iudex N^m N^m condemnato".

[6] Von Betti, a. a. O. 396, Beseler, SZ 46, 121 mit Unrecht verdächtigt.

Also eine translatio actionis von dem eigentlichen dominus auf den Respondenten ist die Wirkung der responsio; die Bedingung aber, daß „eius nomine de quo quis interrogatus sit cum aliquo sit actio" kann in der Formel kaum anders denn wie geschehen ausgedrückt worden sein. Speziell widerlegt wird durch die Stelle der Gedanke an eine Fiktion „si Ns Ns dominus esset"; indem nämlich hier gesagt ist, daß der Respondent durch seine confessio die actio „quae cum alio esset, si dominus esset" auf sich übertrage, — dieses auf den alius gestellte si dominus esset ist der schlagendste Beweis dafür, daß die Formel nicht auf „si Ns Ns dominus esset" gestellt war.

Fr. 14 pr. eod.:

> ... eius personae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre potest[1] in eum qui in iure suum esse confitetur, uelut alienum seruum suum esse confitendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem aut confessionem transferri potest.[2]

Fr. 15 pr. eod.:

> Si ante aditam hereditatem seruum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas.

Dies „quia domini loco habetur hereditas" ist gewiß sprechend.

Fr. 16 pr. eod.:

> Si seruus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit in sua potestate esse, [quamuis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos, attamen] non puto locum esse noxali actioni, [quia non est in nostra potestate].[3]

Diesen übereinstimmenden Zeugnissen gegenüber scheint es mir nicht möglich, zu bezweifeln, daß in der Formel die Bedingung, daß irgend jemand wirklich für den Delinquenten einzustehen habe, zum Ausdruck kam: dies kann aber, da wirklicher Herr des Delinquenten ebensogut der Respondent wie irgendein anderer sein kann, schwerlich anders als oben angegeben geschehen sein, daß man nämlich die Formel unbestimmt auf das oportere irgend jemands stellte.

Die erteilte responsio figurierte in der Normalformel nicht. Regelmäßig wird ja der Beklagte die Tatsache der responsio nicht nachgehends geleugnet haben; dann wäre es ganz überflüssig, ja bedenklich gewesen, sie gleichwohl etwa in eine praescriptio zu stellen. Nur wenn er ausnahmsweise jene Tatsache bestritt, war es notwendig Vorkehrung zu treffen: dann wurde, ganz wie bei der interrogatio an heres sit,[4] auf Antrag eine exceptio responsionis non factae in die Formel eingerückt, arg. fr. 18 § 2 (22.3).

[1] *Flor.* non potest; von Mommsen wird das non nach den Basiliken mit Recht gestrichen.

[2] Im entscheidenden Punkt jedenfalls unverdächtig.

[3] Man beachte, daß der seruus captus natürlich absens ist; daher hier die interrogatio an in potestate sit. Die Schlußworte sind m. E. zutreffendes Glossem.

[4] Oben S. 148.

3. Der Gegner leugnet, daß er den abwesenden Sklaven in potestate habe, der Fall unseres Edikts. Hier muß die aus fr. 21 § 2, 22 § 4 h. t. sich ergebende Kondemnationsbedingung „si is seruus q. d. a. in potestate N^i N^i est doloue malo eius factum est, quo minus esset" (vgl. fr. 22 § 4 h. t.) jedenfalls in der Formel Ausdruck gefunden haben, am wahrscheinlichsten wohl in einer praescriptio. Im übrigen kann man zweifeln, ob die Fassung der intentio die gleiche wie im vorigen Falle war oder ob hier nicht vielleicht einfach in factum konzipiert wurde:

> s. p. . . . ope consilio Stichi serui furtum factum esse . . ., N^m N^m . . . c. s. n. p. a.

Eine exceptio „si $N^s N^s$ negauit in sua potestate esse seruum" kam schwerlich vor; denn mit der Bestreitung des negauisse war notwendig ein nunmehriges fateri verbunden, das dem Beklagten nach fr. 26 § 5 h. t. — insoweit wohl sicher echt — bis zur Litiskontestation freistand und zu einem iudicium noxale ex confessione führte.

§ 59 (64). *DE UACATIONE. SI IUDEX LITEM SUAM FECERIT*[1]

Ulp. 23.[2]

In fr. 13 (50. 5) handelt Ulpian 23 von einem Edikt,[3] über das er referiert:

> Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum . . .

Ebendahin gehört augenscheinlich Ulp. 23 (5. 1) 18 pr.:

> Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor . . .

Die Wendung „quo minus . . . operam dare possit" war sicher ediktal; sie findet sich auch bei Cicero, Brut. 31 § 117:

> . . . uacationem augures, quo minus iudiciis operam darent, non habere.

Die Wahrscheinlichkeit spricht nun m. E. sehr entschieden dafür, daß der Prätor an dem Ort, wo er die Voraussetzungen bezeichnete, unter denen er den Geschworenen entschuldigen wolle, auch die Verantwortlichkeit desjenigen Geschworenen regelte, der, ohne entschuldigt zu sein, seine Pflicht versäumte. M. a. W.: ich halte dies für den Ort, wo wir das Edikt über den iudex qui litem suam fecit zu suchen haben, und diese Vermutung

[1] In der 1. Aufl. steht dies Edikt (als § 64) erst hinter dem de aleatoribus im folgenden Titel. Die Aufnahme in den allgemeinen Titel de iudiciis scheint mir angemessener. Die Inskription Ulp. 23 läßt die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten.

[2] (50. 5) 13, (5. 1) 18 pr., (50. 16) 36. Zu (5. 1) 18 § 1 s. unten § 61.

[3] Von Rudorff übersehen. Petot, défaut in iud. (1912) 89[1] leitet aus (5. 1) 18 pr. und (50. 5) 13 § 3 noch besondere Ediktsklauseln ab. M. E. handelt fr. 18 pr. nicht von Ediktsinhalt, sondern von einem prätorischen Dekret, und der Wortlaut von fr. 13 § 3 spricht eher gegen als für ediktale Regelung.

wird unterstützt durch (50. 16) 36, wo derselbe Ulpian, ebenfalls lib. 23, den Begriff lis definiert:

> Litis nomen omnem actionem significat, siue in rem siue in personam sit.

Aus unserm Edikt nun sollen nach einer verbreiteten Meinung, der auch Rudorff[1] folgte, zwei verschiedene Aktionen entsprungen sein, die eine für den Fall des dolus, gestellt auf quanti ea res est, die andere für den Fall bloßer imprudentia, gestellt auf quantum aequum uidebitur. Zu dieser Unterscheidung kam man dadurch, daß Ulpian in fr. 15 § 1 (5. 1), wo er das litem suam facere als dolose Mißachtung des Gesetzes definiert, den Richter für die uera aestimatio litis haftbar erklärt, während in zwei andern Stellen, wo der dolus nicht als Voraussetzung des Delikts figuriert, als Maß der poena das quantum de ea re aequum religioni iudicantis uisum fuerit angegeben wird. Vgl. I. (4. 5) pr., Gai. (50. 13) 6. Alle drei Stellen sind aber nicht intakt,[2] und der scheinbare Widerspruch dürfte sich in folgender Weise lösen.[3] In (5. 1) 15 § 1 ist der Zwischensatz „dolo malo autem ... sordes" m. E. sicher itp.; ferner aber schwebt der Schlußsatz ut *fin.* in der Luft und ist ebenfalls nicht zu verbessern,[4] sondern zu streichen, so daß nur der Eingang übrigbleibt:

> Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit.

In den beiden andern Stellen aber ist die Motivierung dafür, daß der iudex quasi ex maleficio hafte, — weil er nämlich weder aus Kontrakt noch aus eigentlichem Delikt hafte — ganz unerträglich, und echt wird hier nur Anfang und Ende sein:

> Si iudex litem suam fecerit, in quantum aequum religioni[5] iudicantis uisum fuerit, poenam sustinebit.

In allen drei Stellen handelt es sich hiernach um das gleiche Delikt, aus dem in quantum aequum uidebitur gehaftet wurde, und in der Tat wäre es sehr sonderbar, wenn in dem schwereren Fall des dolus die Haftung auf die litis aestimatio im strengen Sinn beschränkt gewesen wäre, während in dem mildern Fall der bloßen imprudentia die condemnatio die für den Beklagten unter Umständen sehr viel bedenklichere freie Fassung auf aequum bonum erhalten hätte. Auch war diese freie Fassung sicherlich überall am Platze, da ja der Kläger durch die Pflichtverletzung des Geschworenen nicht bloß in pekuniären, sondern auch in Interessen unschätzbarer Natur gekränkt sein konnte und hierwegen Satisfaktion beanspruchen durfte. Auch wenn die uera aestimatio litis in (5. 1) 15 echt wäre, dürfte sie

[1] EP § 79. S. ferner Wetzell, CP § 36[14], Karlowa, RG II, 1349ff.

[2] Das nimmt man heute wohl allgemein an; doch gehen über die Art der Interpolationen die Meinungen sehr auseinander. Literatur bei Levy, Privatstrafe 50[10].

[3] In anderer Richtung sucht die Lösung EP[1] und [2].

[4] So Beseler, Beitr. I, 77.

[5] Zu diesem Wort vgl. Levy a. a. O. Vor iudicantis werden die in der Überlieferung versetzten Worte „de ea re" zu stellen sein.

uns nicht irremachen: in der Anweisung, auf quantum aequum uidebitur zu kondemnieren, lag zweifellos auch die Ermächtigung, auf quanti ea res est zu kondemnieren.[1]

Es ist bei dem litem suam facere nicht allein oder auch nur vorzugsweise an den Fall ungerechten Urteils zu denken, sondern gewiß vorwiegend an die bei der Selbständigkeit des römischen Geschworenen jedenfalls unendlich häufigen kleinen Gesetzwidrigkeiten: Versäumung des Termins,[2] Verfehlung wider die gesetzlichen Vorschriften über die Vertagungen[3] u. dgl., — Fehler, wegen deren gegen den Judex natürlich nur in Ausnahmsfällen eine Klage auf den vollen Streitwert begründet sein konnte, eine genaue Abschätzung des Interesses i. d. R. aber überhaupt unmöglich war, so daß der wider den pflichtvergessenen Geschworenen urteilende Judex notwendig auf sein billiges Ermessen verwiesen werden mußte. Mit sehr richtigem Takt hat, wie es scheint, der Prätor in unserm Edikt jede Andeutung des erforderten Verschuldungsgrads unterlassen und so diese Frage ganz in die Hand der Praxis und Wissenschaft gegeben.

Die Rekonstruktion der Formel ist hinsichtlich der condemnatio leicht:

quantum ob eam rem aequum uidebitur N^m N^m A^o A^o condemnari, tantam pecuniam rel.

Ob die intentio auf

S. p. N^m N^m litem, quam inter A^m A^m et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse

oder wie sonst lautete,[4] muß mangels aller Anhaltspunkte dahingestellt bleiben. Sicher ist wohl conceptio in factum.

Tit. XV

DE HIS QUAE CUIUSQUE IN BONIS SUNT[5]

Ulp. 15–24, Paul. 19–26, Gai. 6–8, Iulian. 6–9.

§ 60 (59). DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE[6]

Ulp. 16,[7] Paul. 19,[8] Gai. 7,[9] Pomp. 40,[10] Iulian. 7,[11] Callistr. 2.[12]

Die Darstellung, die das Publicianische Edikt und die Formel der actio

[1] Vgl. (47. 12) 3 pr. mit eod. 3 § 8–10, wo sich ebenfalls das quantum aequum uidebitur zum quanti interest konsolidiert.

[2] Macrob. sat. II, 12: inde ad comitium uadunt, ne litem suam faciant.

[3] Gell. NA XIV, 2 § 1.

[4] Vgl. Rudorff, EP § 79 II.

[5] Vgl. S. 37.

[6] D. (6. 2).

[7] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 14, (6. 1) 72, (41. 3) 10, (50. 16) 26. Ferner: (1. 19) 1, (49. 14) 5, (27. 10) 10.

[8] h. t. 2, 4, 6, 10, 12, (20. 1) 18, (41. 3) 11, (50. 17) 128.

[9] h. t. 8, 13, (41. 1) 43.

[10] cit. h. t. 11 § 5.

[11] cit. h. t. 7 § 17, 9 § 4.

[12] (6. 1) 50.

Publiciana in der 1. Aufl. dieses Buchs gefunden haben, ruht auf den Ergebnissen der Untersuchung, die ich dem Gegenstand in meinen Beiträgen zur Kunde des prätorischen Edikts (1878) gewidmet hatte. Seither hat die Literatur über die Frage, wie das Publicianische Edikt zu rekonstruieren sei, einen gewaltigen Umfang angenommen,[1] und die Einwendungen meiner Gegner mußten mich zu erneuten Erwägungen veranlassen, infolge deren ich meine frühere Hypothese wesentlich modifiziert habe.[2]

Während ich ehedem annahm, daß das Publicianische Edikt in zwei Klauseln zerfallen sei — die eine berechnet auf den Fall durch Tradition erworbenen bonitarischen Eigentums an einer res mancipi, die andere auf den Fall redlichen Kaufs — und daß es demgemäß auch zwei Formeln der Publiciana gegeben habe, halte ich es heute für wahrscheinlich, daß das Album nur ein Edikt und eine Formel enthalten hat.

Das Edikt, woraus die Kompilatoren das verderbte[3] Zitat in fr. 1 pr. h. t. hergestellt haben, verhieß in seiner ursprünglichen Fassung demjenigen eine actio, der eine res mancipi ex iusta causa tradiert erhalten, sie aber noch nicht usukapiert hatte. Daß es diesen Inhalt hatte, geht aus der Art und Weise, wie die Kompilatoren es verändert und interpoliert haben, und mit besonderer Deutlichkeit aus fr. 1 § 2 h. t.[4] hervor. Statt der überlieferten Worte

> Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo

ist höchstwahrscheinlich zu lesen:

> Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa[5] et nondum usucaptum[6] petet, iudicium dabo.[7]

[1] Vgl. die Abhandlung von Erman, SZ 11, 212ff. und die daselbst S. 212 n. 1, 213 angef. Schriften und kritischen Aufsätze von Appleton, Ferrini, Buonamici, Brezzo, Bonfante, Carusi, Audibert, dazu noch Schirmer, krit. Vjschr. 32, 483ff., Perozzi, bull. 7, 45ff., Pacchioni, daselbst 118ff., Pernice, Labeo II[1] (2. Aufl.), 340ff., Karlowa, RG II, 1208, v. Seeler, SZ 21, 58ff. (gegen ihn Erman, 23, 449). Gegen Voigt, RG I, 393 n. 1, bedarf es wohl keiner Polemik, ebensowenig gegen Abgarowicz, preuve dans la r. v. (1912) 130 n. 5.

[2] Die nähere Begründung des Folgenden siehe in meiner Abhandlung SZ 20, 11ff.

[3] Lenel, Beiträge 1ff. Unter den von mir daselbst angeführten Argumenten ist das wichtigste (aber nicht das einzig erhebliche) die gänzliche Unmöglichkeit des in fr. 1 pr. als ediktmäßig überlieferten id quod traditur. Cohn, krit. Vjschr. 24, 29, meint, an der „logischen Fehlsamkeit" dieser Wendung dürfe man um deswillen nicht zu lebhaften Anstoß nehmen, weil es bekanntermaßen die ältere Ediktredaktion in dieser Hinsicht nicht allzu genau genommen habe; er verweist auf das in fr. 1 pr. überlieferte, von mir beibehaltene ungenaue „si petet" statt „si dicetur". Wie mir scheint, ist doch ein recht großer Unterschied zwischen einer solchen dem Sprachgebrauch überall sehr naheliegenden kleinen Ungenauigkeit, die bei allen älteren Edikten analog wiederkehrt, und einer dem gemeinen Sprachgebrauch durchaus fremden, im gesamten Edikt beispiellosen Seltsamkeit, wie sie in dem id quod traditur liegen würde.

[4] Vgl. meine Beiträge 35ff. und die zit. Abh. SZ 20, 17ff. Der Passus Sed cur *fin.* wird freilich von Beseler II, 88 nicht bloß für verändert, sondern für ganz und gar itp. erklärt. Schwerlich mit Recht.

[5] Ulp. 16 h. t. 3 § 1, 5, 7 pr.-§ 5.

[6] Ulp. 16 h. t. 1 § 1. 2, 3 pr.

[7] Ulp. 16 h. t. 7 § 6-9. Zu fr. 7 § 7 cf. Pal. II, 512 n. 2.

Die Kompilatoren haben:

1. die Worte „non a domino“ eingeschoben, um den Schein zu erwecken, als habe das Edikt nur den Schutz des redlichen Besitzers vorgesehen; das echte Edikt umfaßte gleichermaßen beide Fälle: den des Erwerbs a domino,[1] wie den des Erwerbs a non domino.[2]

2. Das „mancipio datur“ ihrer Vorlage in „traditur“ verwandelt, wie sie ja unendlich oft, und sehr oft recht ungeschickt, die Tradition an Stelle der Manzipation gesetzt haben;

3. ebendeshalb das darauffolgende traditum gestrichen, daher denn in dem Ediktreferat des fr. 3 § 1 h. t.:

Ait praetor: *ex iusta causa petet*

die Worte ex iusta causa in der Luft schweben, während sich der Kommentar ganz deutlich auf „traditum ex iusta causa“ bezieht.

Der Kommentar Ulpians zu obigem Edikt schließt bei fr. 7 § 9 ab; über die Beziehungen der einzelnen Stellen habe ich in meiner Palingenesie Ulp. nr. 562–567 das Nötige angemerkt. Bei fr. 7 § 10 beginnt nicht, wie ich früher glaubte, die Erläuterung einer zweiten Ediktklausel, sondern vielmehr bereits die der Musterformel; wenn man die Überlieferung bei Gai. IV, 36 und Ulpians Kommentar kombiniert, ergibt sich folgender Wortlaut:

> Si quem hominem A^s A^s[3] bona fide emit[4] et is ei traditus est,[5] anno possedisset,[6] tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret, q. d. r. a., si ea res . . . A^o A^o non restituetur,[7] q. e. r. e., t. p. *rel.*

Daß Ulpian von fr. 7 § 10 ab die Formel erläutert, zeigen die von ihm gebrauchten Wendungen „Publiciana tempus emptionis continet; bonam autem fidem solius emptoris continet; ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere“, vgl. fr. 7 § 14–16 h. t.[8] Die Form des Zitats in fr. 7 § 11:

[1] Hierher gehören Ulp. 16 (6. 1) 72, (27. 10) 10, (1. 19) 1, (49. 14) 5.

[2] Auch den des Erwerbs a non domino. In meinen Beiträgen hatte ich dies bestritten und demgemäß nur das Wort „non“ für interpoliert erklärt, die Worte „a domino“ aber selbst noch in der Palingenesie festgehalten. Allein auch diese Worte sind dem Edikt fremd; dies ergibt sich daraus, daß sie auch in der Musterformel fehlen, vgl. namentlich das „quamuis non a domino emerim“ in fr. 7 § 11 h. t. und die Hervorhebung des b. f. emptor in fr. 3 § 1 h. t., dazu SZ 20, 18 ff. Das subjektive Moment der b. f. ist in der „iusta causa“ wohl mit enthalten, vgl. Straßb. gr. Pap. nr. 22 Z. 20, 21, dazu Mitteis, daselbst S. 86. Zweifelnd Partsch, SZ 31, 413.

[3] Ulp. 16 h. t. 7 § 10.

[4] Ulp. 16 h. t. 7 § 11–15.

[5] Ulp. 16 h. t. 7 § 16. 17, 9 pr.–§ 4, (41. 3) 10 pr., vgl. Pal. Ulp. nr. 570. S. auch Gai. 7 (41. 1) 43 § 2: Cum . . . hominem emit . . . et ei traditus sit. Zur Konstruktion „quem emi et is *rel.*“ vgl. tab. Heracl. 93. 157, (47. 2) 17 § 2, dazu Beiträge 46. De pretio nihil exprimitur: Gai. 7 h. t. 8. Dazu Pringsheim, Kf. mit fr. Gelde 74.

[6] Ulp. 16 h. t. 9 § 5. 6, Paul. 19 h. t. 12 § 5. 7, I. (4. 6) 4.

[7] I. cod. 31, Prob. Einsidl 18: N. R. = non restituetur.

[8] In diesen ganzen Passus feuert nun freilich Beseler III, 198 derart mit kühnen Interpolationsvermutungen hinein, daß an beweiskräftigem Material nicht viel übrigbleibt. Hätte er recht, so würde sich das Problem der Publ. sehr vereinfachen. Ich vermag ihm leider nur zum kleinsten Teil zu folgen.

Praetor ait: „Qui bona fide emit"

ist kein Gegengrund. Freilich passen diese Worte nicht zu dem von Gaius überlieferten Wortlaut der Formel. Aber es ist auch klar, daß die Kompilatoren das echte „Quem A^s A^s b. f. emit" so nicht brauchen konnten: sie haben aus dem A^s A^s ein „qui" gemacht.

Während Ulpians Kommentar in allem übrigen genau zu dem Bericht des Gaius stimmt, bleibt ein Unterschied: bei Gaius fehlen die Worte „bona fide", die Ulpian nicht bloß zitiert, sondern auch in fr. 7 § 11–15 in einer Weise kommentiert, die an ihrer Echtheit keinen Zweifel läßt.[1] Wir haben nur die Wahl anzunehmen, entweder daß neben der von Gaius zitierten Formel ohne „bona fide" noch eine zweite mit diesen Worten existierte, oder daß Gaius unvollständig zitiert. Gegen eine Doppelformel aber sprechen entscheidende Gründe, die ich SZ 20, 25 ff. dargelegt habe. So bleibt nichts übrig, als uns mit der einen auf b. f. emptio abgestellten Formel zufrieden zu geben. Sie war gleich brauchbar für den bloßen b. f. possessor wie auch für den bonitarischen Eigentümer, der ja nicht den mindesten Grund hat, in der Klage die Frage nach dem Eigentum seines auctor aufzurollen und sich daher gleich dem bloßen redlichen Besitzer damit begnügt, die Redlichkeit seines Erwerbs zu betonen.[2]

Noch bleibt eine Schwierigkeit. Wenn meine Rekonstruktion richtig ist, so hatten Edikt und Formel ausschließlich Bezug auf res mancipi, — die Ausdehnung der actio auf den redlichen Erwerber einer res nec mancipi wäre erst durch die Jurisprudenz erfolgt. In der mehrfach zitierten Abhandlung[3] habe ich versucht, eine historische Erklärung für diesen Gang der Dinge zu geben, und will hier nicht darauf zurückkommen.

Die Publicianische Formel kann je nach Gestalt des Falles mannigfache Modifikationen erleiden. Mit derlei formulae accommodatae beschäftigt sich Ulpian von h. t. 11 pr. ab (Pal. nr. 572–574):

1. „Si ... A^s A^s emit et is ei traditus sit", fr. 11 pr.: si ego emi et alii res sit tradita.

2. „Hominem" ist Repräsentant der res mancipi, für die actio des b. f. possessor der res corporales überhaupt. Auf res incorporales fand in klassischer Zeit die Publiciana keine Anwendung: Gai. 7 (41. 1) 43 § 1,[4] Gai. inst. II, 28, Ulp. 16 (41. 3) 10 § 1.[5] Die scheinbar widersprechende Stelle Ulp. 16 h. t. 11 § 1 ist, wie zuerst Perozzi (bull. 7, 57) überzeugend

[1] Trotzdem sind solche Zweifel erhoben worden; s. dagegen SZ 20, 21 ff. Vgl. auch noch das Formelzitat bei Theophil. IV, 6, 4. Statt „bona fide" will Gradenwitz, SZ 24, 238 n. 1 eher noch „sine dolo malo" gelten lassen; aber Ulpian kommentiert gewiß „bona fide", mag auch der b. f. emptor nur an dieser einen Stelle des Edikts vorkommen.

[2] SZ 20, 28 ff.

[3] S. 29 ff.

[4] Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Das Edikt über den ususfructus a domino traditus, wovon Stephanus zu fr. 11 § 1 h. t. (suppl. Basil. p. 44) erzählt, ist daher Erfindung oder Mißverständnis dieses Scholiasten.

[5] Die Stelle bezeichnet den einzigen Fall, wo die Publiciana als confessoria verwendbar war.

gezeigt hat, ganz und gar itp. Ebensowenig gab es eine Publiciana in bezug auf praedia uectigalia; bei Paul. h. t. 12 § 2 ist zu lesen: ⟨non⟩ competit.[1]

3. Tum si eum hominem d. q. a. eius esse oporteret: wenn nicht der gekaufte Gegenstand selbst, sondern Akzessionen desselben eingeklagt sind oder jener Gegenstand Veränderungen erlitten hat, die eine andere Benennung desselben fordern (z. B. insula statt area), so bedingt dies natürlich Modifikationen der Formel. Hiervon handelt: Ulp. 16 h. t. 11 § 2–10, (41. 3) 10 § 2 cf. h. t. 11 § 2. Die Fassung der Formel bietet in einigen der hierhergehörigen Fälle große Schwierigkeiten.[2]

Exceptio iusti dominii: h. t. 16, (17. 1) 57.

§ 61 (60). DE HIS QUI DEIECERINT UEL EFFUDERINT[3]

Ulp. 23,[4] Paul. 19,[5] Gai. 6.[6]

Ulp. 23 h. t. 1 pr.:

> Praetor ait: DE HIS QUI DEIECERINT UEL EFFUDERINT.[7] UNDE IN EUM LOCUM, QUO UULGO ITER FIET UEL IN QUO CONSISTETUR,[8] DEIECTUM UEL EFFUSUM QUID ERIT,[9] QUANTUM EX EA RE DAMNUM DATUM FACTUMUE ERIT, IN EUM, QUI IBI HABITAUERIT,[10] IN DUPLUM IUDICIUM DABO. SI EO ICTU HOMO LIBER PERISSE DICETUR, *SESTERTIUM* QUINQUAGINTA *MILIUM NUMMORUM* IUDICIUM DABO.[11] SI UIUET NOCITUMQUE EI ESSE DICETUR,[12] QUANTUM OB EAM REM AEQUUM IUDICI UIDEBITUR[13] EUM CUM QUO AGETUR CONDEMNARI, TANTI IUDICIUM DABO. SI SERUUS INSCIENTE DOMINO FECISSE[14] DICETUR, IN IUDICIO ADICIAM: AUT NOXAM[15] DEDERE.

Die Formeln anlangend, so beginnt Ulpians Kommentar zu ihnen bei fr. 1 § 9 und geht bis fr. 5 § 3 h. t.: er enthält lediglich die ausführliche Er-

[1] Vgl. Pal. I, 999 n. 2 (aber auch Erman, SZ 11, 274f.). A. M. Rudorff, EP § 63. Die Provinzialgrundstücke könnte man als Italica fingiert und so die Usukapionsfiktion anwendbar gemacht haben.

[2] z. B. wie ist die Formel zu fassen, wenn, nach Einsturz des gekauften Hauses, das Baumaterial eingeklagt werden soll, da doch die Ersitzung des Hauses nicht zugleich Ersitzung des Baumaterials bedeutet? Ulpian scheint hier die Formel selbst konstruiert zu haben, cf. fr. 11 § 6: huiusmodi actione petenda (die hier folgende Formel strichen die Kompilatoren). Plausible Vermutung bei Appleton, propr. prét. I, 274.

[3] D. (9. 3).

[4] h. t. 1, 3, 5 pr.–§ 5. In EP[1] zog ich, wiewohl zweifelnd, auch (5. 1) 18 § 1 hierher; die Beziehung dieser Stelle ist aber durchaus unsicher; gehörte sie zu unserm Edikt, so würde das bestätigen, daß das Edikt de uacationibus oben (§ 59) seine richtige Stelle gefunden hat, da fr. 18 pr. eod. auf dieses zu beziehen ist.

[5] h. t. 4, 6.

[6] h. t. 2, 7.

[7] Auch die Rubrik dürfte hiernach als ediktal gelten müssen. A. M. Eisele, SZ 21, 15 n. 2.

[8] Ulp. 23 h. t. 1 § 2, Paul. 19 h. t. 6 pr. § 1.

[9] Ulp. 23 h. t. 1 § 3.

[10] Ulp. 23 h. t. 1 § 4, Paul. 19 h. t. 6 § 2. Utilis in eum qui naui praepositus est: Paul. 19 h. t. 6 § 3.

[11] Ulp. 23 h. t. 1 § 5. D.: quinquaginta aureorum. Vgl. Collatio XIV, 3 § 4.

[12] Ulp. 23 h. t. 1 § 6.

[13] Cf. h. t. 5 § 5 i. f., Gai. 6 h. t. 7.

[14] Ulp. 23 h. t. 1 § 7. 8 (Ergänzungen enthaltend).

[15] Noxae *ser.*? Über I. (4. 8) 1: (noxa . . . est corpus quod nocuit, id est seruus) vgl. SZ 47, 11 ff. gegen Biondi, a[es] nox. 23 f.

läuterung des Begriffs habitare,[1] der also, wie im Edikt, so auch in der Formel eine Rolle gespielt haben muß. Fr. 5 § 4. 5 h. t. enthalten bloße Schlußbemerkungen.

Die Rekonstruktion der Formeln ist nach dem vorliegenden Material nicht möglich, auch ohne Interesse: wahrscheinlich waren sie bloße Umschreibungen des Edikts.

Hervorzuheben ist noch, daß der Schluß des Edikts früher gewöhnlich falsch aufgefaßt wurde. Das „si seruus insciente domino fecisse dicetur" ist nicht als eine Klagbehauptung,[2] sondern als eine von dem haftbaren habitator vorgebrachte Entschuldigungsbehauptung zu denken, eine exceptio, die zwar nicht die condemnatio schlechtweg verhindern kann, aber, wenn bewiesen, die facultas noxae dedendi gewährt. Am Schluß der Formel stand also etwa: aut, s. p. seruum N^i N^i insciente eo fecisse, noxae dedere. Der habitator sollte, wenn er selbst nachwies, daß einer seiner Sklaven der Schuldige war, hier nicht härter gestellt sein, als bei den Aktionen ex delicto serui.

§ 62 (61). *NE QUIS IN SUGGRUNDA*[3]

Ulp. 23.[4]

Ulp. 23 (9. 3) 5 § 6:

> Ait praetor: NE QUIS[5] IN SUGGRUNDA PROTECTOUE SUPRA EUM LOCUM, QUO UULGO ITER FIET INUE QUO CONSISTETUR, ID POSITUM HABEAT,[6] CUIUS CASUS NOCERE CUI POSSIT.[7] QUI ADUERSUS EA FECERIT, IN EUM *SESTERTIORUM* DECEM *MILIUM NUMMORUM*[8] IN FACTUM IUDICIUM DABO. SI SERUUS INSCIENTE DOMINO[9] FECISSE DICETUR, [aut noxae dedi iubebo].[10]

Die Formel zu diesem Edikt war auf „s. p. N^m N^m . . . positum habuisse" abgestellt[11] und auch sonst ohne Zweifel bloße Umschreibung des Edikts. Utiles actiones: vgl. h. t. 5 § 12.[12]

[1] Utilis actio aduersus horrearium etc.: h. t. 5 § 3.

[2] So z. B. K. Sell, aus dem Noxalrecht der Römer (1879) 165 ff., Karlowa, RG II, 1357.

[3] Hoc edictum superioris portio est, h. t. 5 § 7.

[4] (9. 3) 5 § 6–ult.

[5] Ulp. 23 eod. 5 § 8.

[6] Ulp. 23 eod. 5 § 9. 10.

[7] Ulp. 23 eod. 5 § 11.

[8] D. solidorum decem.

[9] Ulp. 23 eod. 5 § 10.

[10] Mommsen schiebt vor aut ein: aut idem dari. Aber „aut noxae dedi iubebo" ist unmöglich: ein prätorisches iubere dari aut noxae dedi findet nicht statt. Vgl. Pal. II, 551 n. 3, aber auch Gradenwitz, SZ 8, 257. Aut defendi aut duci iubebo? So EP². Dagegen mit guten Gründen Wlassak, klass. Prozeßformel I, 120. Ich halte heute für das wahrscheinlichste, daß hier nichts andres stand als im Edikt de deiectis (so schon Pal. II, 551 3). Die Kompilatoren werden dies letztere Edikt gedankenlos wortgetreu übernommen haben; bei unserm Edikt aber fiel ihnen ein, daß das „in iudicio adiciam" für ihre Zeit keinen Sinn mehr habe, und so ersetzten sie es durch ihr „aut noxae dedi iubebo".

[11] h. t. 5 § 12: quia „positum habuisse" non utique uidetur qui posuit.

[12] Zum ersten Fall des fr. 5 § 12 vgl. Cuiac. obs. XXII, 32.

§ 63 (62). DE SERUO CORRUPTO[1]

Ulp. 23,[2] Paul. 19,[3] Gai. 6,[4] Iulian. 9.[5]

Ulp. 23 h. t. 1 pr., 5 § 3:

> Ait praetor: QUI SERUUM SERUAM ALIENUM ALIENAM RECEPISSE[6] PERSUASISSEUE QUID EI DICETUR DOLO MALO, QUO EUM EAM DETERIOREM FACERET,[7] IN EUM QUANTI EA RES ERIT IN DUPLUM IUDICIUM DABO.[8] SI SERUUS SERUAUE FECISSE DICETUR, iudicium cum noxae deditione redditur.[9]

Der Kommentar zur Formel beginnt augenscheinlich bei Ulp. 23 h. t. 5 § 4, wo der Jurist, der das Edikt gänzlich erledigt hatte, sich zum zweitenmal zur Erörterung von Detailpunkten wendet. Die Formel war ohne Zweifel auch hier im wesentlichen Umschreibung des Edikts.[10] Der korrumpierte Sklave mußte nach dem Wortlaut der Formel Eigentum des Klägers zur Zeit des Delikts (und nur damals) gewesen sein, wenn die Formel zutreffen sollte, also etwa: s. p. N^m N^m Stichum seruum, cum is A^i A^i esset, recepisse usw. Vgl. h. t. 5 § 4:[11]

> Haec actio refertur ad tempus serui corrupti uel recepti, non ad praesens. et ideo, et si decesserit uel alienatus sit uel manumissus, nihilo minus locum habebit actio . . .

Auf das „cum is A^i A^i esset" gehen dann weiter auch: Ulp. 23 h. t. 9 pr. § 1. Außerdem ist nur noch die Ästimationsklausel „quanti ea res erit, eius dupli" ausführlich kommentiert: Ulp. 23 h. t. 9 § 2. 3, 11, Paul. 19 h. t. 10, 12, 14 § 5–9.[12]

Actiones utiles:[13] des Usufruktuars h. t. 9 § 1, 14 § 3, de seruo hereditario corrupto — h. t. 13 § 1. Dagegen ist die utilis a° de filiofamilias corrupto — h. t. 14 § 1 — nicht klassisch.[14]

§ 64 (63). DE ALEATORIBUS[15]

Ulp. 23,[16] Paul. 19.[17]

Ulp. 23 h. t. 1 pr.:

[1] D. (11. 3).
[2] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13.
[3] h. t. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, (47. 10) 26.
[4] h. t. 15.
[5] cit. h. t. 9 pr.
[6] Ulp. 23 h. t. 1 § 2.
[7] Ulp. 23 h. t. 1 § 3–5, 3, 5 pr. § 1, Paul. 19 h. t. 2, 4.
[8] Ulp. 23 h. t. 5 § 2.
[9] Der Schlußsatz ist von Rudorff, EP § 83 übersehen.
[10] Das zufällig öftere Vorkommen des Wortes corrumpere in dem Ulpianschen Kommentar zur Formel wird uns doch wohl schwerlich bestimmen dürfen, diesem Wort, das im Edikt fehlt und wohl nur der Rubrik angehört, einen Platz in der Formel anzuweisen.
[11] Mißverstanden von Rudorff (EP § 83), der deswegen im Widerspruch mit dem Ediktwortlaut und h. t. 9 § 2 in die Formel setzt: quanti ea res fuit.
[12] Zu quanti ea res erit: Paul. 19 h. t. 14 § 5: in hac actione non extra rem duplum est.
[13] Rudorff, EP § 83 n. 10 führt hier auch noch die Fälle des fr. 9 pr., fr. 14 § 4 h. t. an: es sind dies aber Fälle der actio directa.
[14] Ferrini, dir. pen. Rom. (1899) 143². Gegen ihn, für mich nicht überzeugend, Brini, rendic. Bol. ser. I, vol. V, 26f.
[15] D. (11. 5), C. (3. 43).
[16] h. t. 1.
[17] h. t. 2, 4.

Ait praetor: SI QUIS EUM, APUD QUEM[1] ALEA LUSUM ESSE DICETUR, UERBERAUERIT DAMNUMUE EI DEDERIT SIUE QUID EO TEMPORE *E* DOMO EIUS SUBTRACTUM EST[2] (ERIT *scr.?*), IUDICIUM NON DABO.[3] IN EUM, QUI ALEAE LUDENDAE CAUSA UIM INTULERIT, UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADUERTAM.[4]

Das Edikt de aleatoribus ist zweifellos unvollständig erhalten; denn Paul. 19 h. t. 4 § 2 berichtet:

> Aduersus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.

Hiernach muß das Edikt die Rückforderung des in unerlaubtem[5] Spiel Verlorenen gestattet haben.[6]

Außerdem versagte das Edikt auch noch ausdrücklich die actio aus jedem negotium in alea gestum. Dies folgt daraus, daß wir unter der Rubrik Quarum rerum actio non datur[7] die exceptio negotii in alea gesti finden. Diese Rubrik umfaßt nämlich ausschließlich Exzeptionen aus solchen Gründen, wegen deren vorher im Edikt denegatio actionis angedroht war.[8]

§ 65. SI HEREDITAS PETATUR[9]

Ulp. 15,[10] Paul. 20,[11] Gai. 6,[12] Iulian. 6.[13]

Nach Gai. IV, 91 kann die in rem actio, d. h. zweifellos auch die h. p., nicht nur per formulam petitoriam, sondern auch per sponsionem geltend gemacht werden. Ein nicht durch Sponsion vermitteltes lege agere de hereditate dagegen, wie es noch Cicero neben dem „sponsionem facere et ita de hereditate certare" als möglich kennt,[14] fand — vermutlich seit den leges Iuliae — in der Kaiserzeit nicht mehr statt. Im Edikt haben wir daher ein Doppeltes zu suchen: die Sponsion und die formula petitoria.

[1] Ulp. 23 h. t. 1 § 1.

[2] Ulp. 23 h. t. 1 § 2. Der Flor. hat statt e domo: dolo, zweifellos ein Versehen; in 1 § 2 wird das e domo kommentiert.

[3] Ulp. 23 h. t. 1 § 3.

[4] Ulp. 23 h. t. 1 § 4, Paul. 19 h. t. 2 pr.

[5] Hierher Paul. 19 h. t. 2 § 1, 4 pr., s. auch n. 6.

[6] Paul. 19 h. t. 4 § 1. Ein Strafzusatz ist nicht anzunehmen (fr. 4 § 1: de peculio actio, non noxalis!), wie Karlowa, RG II, 1348 mit Recht betont. Anders das ältere Recht, vgl. Pseudo-Asc. in diuin. § 24: . . . eorum reorum, qui conuicti quadrupli damnari soleant, ut aleae . . ., Cic. Philipp. II, 23 § 56, Horat. od. III, 24 v. 58, Plaut. mil. glor. II, 2, 9 (wo statt legi talariae mit Ritschl legi aleariae zu lesen ist).

[7] § 278.

[8] Vgl. S. 46f.

[9] D. (5. 3) de hereditatis petitione. C. (3. 31) de petitione hereditatis. Paul. sent. I, 13b: Si hereditas uel quid aliud petatur. Cf. D. (5. 4): si pars hereditatis petatur.

[10] h. t. 2, 9, 11, 13, 16, 18, 20, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 37, (20. 1) 17 cf. h. t. 19 pr., (22. 1) 34, (36. 3) 4, (41. 10) 1, (44. 2) 3, (47. 10) 24 — bezieht sich auf die schikanöse Erwirkung eines prätorischen Veräußerungsverbots (s. S. 137f.), (50. 17) 126.

[11] h. t. 14, 19, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40, (3. 5) 22 [23] cf. h. t. 31 § 5, (43. 2) 2 cf. h. t. 14, (44. 1) 4, (50. 17) 127 cf. h. t. 36 § 4. Wahrscheinlich falsch inskribiert — 20 statt 21 — ist (6. 1) 14, vgl. die adnot. crit. bei Mommsen; indes ist auch die Inskription Paul. 20 haltbar, vgl. h. t. 36 § 2.

[12] h. t. 1, 3, 10, 15, 17, 21, 35, 39, 41, (41. 4) 1, (50. 16) 24.

[13] h. t. 54, (50. 17) 62, cit. h. t. 16 § 2, 20 § 1. 4. 18, 31 pr. § 5, (18. 4) 2 § 7.

[14] In Verr. II, 1, 45 § 115f. Cf. Q. Mucius Scaeuola in (40. 7) 29 § 1.

Die Rekonstruktion der erstern bietet keinerlei Schwierigkeit, obwohl die Kompilatoren begreiflicherweise jede Erinnerung daran aus den Digesten getilgt haben, Wir sind gewiß berechtigt, die bei Gai. IV, 93 für die rei uindicatio überlieferte Sponsion direkt auf die h. p. zu übertragen:

> si hereditas q. d. a. ex iure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes?

Sollte der Prozeß vor den Zentumvirn stattfinden, so erhöhte sich die Sponsionssumme nach Gai. IV, 95 auf 125 Sesterze, wobei dahingestellt bleiben mag, ob auch diese Sponsion im Edikt proponiert war.[1]

Die formula petitoria wird von der herrschenden Meinung[2] folgendermaßen rekonstruiert:

> S. p. hereditatem Publi Maeui ex iure Quiritium A^i A^i esse, si arbitratu tuo res A^o A^o non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

An dieser Formel ist zweifellos richtig die intentio,[3] und richtig ist ferner, daß die Formel eine Restitutionsklausel besaß, über deren Fassung die bereits oben (S. 113) berührten Kontroversen bestehen. Meine in dieser Richtung früher[4] geäußerten Bedenken halte ich nicht mehr aufrecht. Ich glaubte seinerzeit die Restitutionsklausel allen zivilen actiones in rem um deswillen absprechen zu müssen, weil in I. (4. 6) § 31 als arbitrariae nur die prätorischen actiones in rem angeführt seien; und gegen den Versuch, diese Tatsache daraus zu erklären, daß die Institutionenverfasser in ihrem Vorbild die zivilen actiones in rem in einer für sie veralteten Weise als „formula petitoria" bezeichnet fanden und daher dies Beispiel strichen, gegen diesen Versuch wandte ich ein: da ja nach der herrschenden Ansicht alle actiones in rem, mit einziger Ausnahme des liberale iudicium, arbiträr seien, so sei nicht sowohl das Fehlen der ciuiles actiones in dem Beispielskatalog des § 31 rätselhaft, als vielmehr die Existenz dieses Katalogs selber, da bei der Allgemeinheit des Satzes die Anführung von Beispielen arbiträrer actiones in rem ganz sinnlos gewesen wäre. Durch diese Erwägung veranlaßt, suchte ich die anderweiten Quellenzeugnisse hinwegzuinterpretieren und kam zu dem Ergebnis, daß in den Formeln der zivilen actiones in rem das iussum de restituendo nicht vorgesehen, dessen Erlassung vielmehr eine von der Formel unabhängige Äußerung des officium iudicis gewesen sei. In der Tat war jener Einwand der herrschenden Lehre gegenüber auch durchaus triftig; aber er fällt zusammen, wenn richtig ist, was ich immer noch, wenn nicht für sicher, doch für wahrscheinlich halte, daß nämlich diese Lehre den Umfang der actiones, „ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur", nicht richtig bestimmt, insofern die sämtlichen Aktionen zur Geltendmachung und Abwehr von Realservituten nicht

[1] S. oben S. 143.

[2] Keller, CP § 28, Bethmann-Hollweg, CP II, 247 ff., Francke, Kommentar zum Pandektentitel de h. p. 2, Rudorff, EP § 57.

[3] Gai. 6 h. t. 3, 10 § 1.

[4] Beiträge z. K. d. prätor. Edikts (1878) 89 ff.

hierher gehören.[1] Diese Tatsache würde die Existenz jenes Beispielkatalogs vollkommen erklären, und dadurch wird denn auch der von mir zurückgewiesene Erklärungsgrund für das Fehlen der zivilen actiones in rem in demselben plausibel. Alsdann treten aber die Zeugnisse, die die Restitutionsklausel für die formula petitoria zunächst der rei uindicatio bekunden — Cic. in Verr. II,[2] 12 § 31, D. (6. 1) 35 § 1, 68 —, in ihr volles Recht, und nach dem Vorbild der rei uindicatio kann nicht bezweifelt werden, daß auch die h. p. in ihrer Formel jene Klausel hatte.[2]

Konnte ich insoweit der herrschenden Meinung beitreten, so wich ich dagegen in EP[1] und EP[2] hinsichtlich eines wichtigen Punktes von ihr ab. Ich nahm nämlich mit Huschke[3] an, daß die Formel auch die in der Person des Beklagten gesetzten Bedingungen der Zuständigkeit unserer actio — ihre ausschließliche Richtung gegen den pro herede und den pro possessore possidens — zum Ausdruck gebracht habe. Die Gründe, die mich dazu bestimmten und die nach dem damaligen Stand der Quellenkritik nicht ohne Bedeutung schienen, haben heute für mich ihre überzeugende Kraft eingebüßt. Ich berief mich in erster Linie darauf, daß, wo die h. p. gegen Personen zugelassen werde, die nicht unter jene Begriffe fallen, es einer utilis actio bedürfe; allein die Stellen, die dies besagen, sind sämtlich itp. Ferner darauf, daß man nach h. t. 13 § 12 annehmen müsse, in der Formel der gegen einen defensor absentis gerichteten h. p. habe der Name des Vertretenen gestanden, was nur dann möglich sei, wenn die Formel die Voraussetzungen der Passivlegitimation zum Ausdruck gebracht habe; aber jene Stelle, richtig ausgelegt, zwingt nicht zu dieser Annahme. Ich meinte endlich, der uns so seltsam fremdartig anmutende Begriff der iuris possessio werde nur dadurch begreiflich, daß die Formel dazu nötigte, die Passivlegitimation allüberall auf „possessio" zu gründen. Die Beweiskraft dieses Arguments hängt jedoch von der Klassizität dieses Begriffes ab, und di Marzo[4] hat längst dargetan, daß er der klassischen Jurisprudenz fremd ist; das Mißtrauen, das ich früher seinen Ausführungen gegenüber walten ließ, war nicht gerechtfertigt. Gewisse Basilikenscholien endlich, die ich als Stütze meiner Formulierung verwenden zu dürfen glaubte, gestatten nicht nur, sondern fordern eine andere Deutung. Ich habe den Wechsel meiner Meinung in der SZ 46, 1 ff. eingehend begründet und kann hier darauf verweisen. Ulpian kommentiert allerdings in fr. 11, 13, 16, 18 pr. § 1 h. t. ausführlich, aber nicht im Anschluß an die Formel, das Erfordernis des pro herede uel pro possessore possidere und geht dann h. t. 18 § 2 auf die Frage über, quae ueniant in hereditatis possessionem. Ich halte heute die von der herrschenden Meinung vertretene Formulierung in allem

[1] Vgl. § 73.

[2] Vgl. für die h. p. speziell noch: Gai. 6 h. t. 10 § 1, Paul. 20 h. t. 34 § 1, 36 § 1, Iauolen. h. t 44, Nerat. h. t. 57. Besonders fr. 34 § 1, 36 § 1 cit. weisen, insofern sie die Kondemnation von der facultas restituendi abhängig machen, deutlich auf Formelworte hin.

[3] ZgeschRwiss. 14, 220.

[4] In den studi Moriani.

Wesentlichen für gesichert. Nur hinsichtlich der Restitutionsklausel bleiben die oben (S. 113) schon berührten Streitfragen, ob sie auf arbitratu (arbitrio) tuo oder iudicis abgestellt war oder einfach nisi ea res restituetur lautete. Für verfehlt halte ich den Vorschlag, an Stelle von ea res hier zu setzen ea hereditas.[1]

Neuerlich hat W. Stintzing[2] auf die vielbesprochene c. 12 C. Th. (11. 39) = c. 11 C. Iust. (3. 31) die Behauptung gestützt, nur gegen den pro possessore possidens sei mit der Formel, gegen den pro herede possidens dagegen mit legis actio apud centumuiros prozessiert worden.[3] Ebendarum sei dem Belangten in iure die Frage vorgelegt worden, utrum pro herede an pro possessore possideat, von der in jenem Erlaß die Rede sei. Ich vermag meinerseits den rätselhaften Schluß der angef. Stelle („praeter eum qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat") nicht zu erklären. Soviel aber scheint mir sicher, daß ein Erlaß des Arcadius und Honorius nicht auf eine interrogatio verwiesen haben kann, die die Grenzregulierung zwischen Legisaktion und Formel, zwischen Centumviri und unus iudex bezweckte. Ob überhaupt auf eine interrogatio in iure, muß ich mangels jeden weiteren Anhalts dahingestellt sein lassen.[4]

§ 66. SI PARS HEREDITATIS PETATUR[5]

Ulp. 15,[6] Gai. 6.[7]

Diese Formel[8] ergibt sich nach dem in § 65 Ausgeführten von selbst:

S. p. hereditatem q. d. a. *pro parte illa*[9] ex iure Quiritium A^i A^i esse, *nisi* ea res arbitrio iudicis A^o A^o restituetur,[10] q. e. r. e. *rel.*

[1] Die besonders von Schröder, Commodum 4 (vgl. auch Keller a. a. O., Karlowa a. a. O. u. a. m.) vertretene Meinung, die Restitutionsklausel sei auf Restitution der „hereditas" abgestellt gewesen, ist an sich nicht wahrscheinlich und hat in den dafür angef. Stellen keinerlei Stütze. In fr. 44 h. t. liegt der Ton nicht darauf, daß der Judex die Restitution der „hereditas", sondern darauf, daß er im Fall der Stelle nicht die Restitution der ganzen hereditas anzubefehlen habe. Ebenso in fr. 7 (5. 4) darauf, daß er nur mit der Restitution, aber nichts mit der Teilung zu tun habe.

[2] Beiträge zur röm. RG (1901) 108 f.

[3] Vgl. auch Leinweber, die HP 13 n. 1.

[4] Vgl. hierzu (außer W. Stintzing) Demelius, Confessio 343, Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht 499, Ubbelohde, Interdikte III, 43 n. 71[a], Brinz, Pandekt. (2. Aufl.) III, 230 n. 73, Naber, Mnemos. 27, 282. Letzterer meint, Zweck der Frage sei gewesen, den Kläger darüber aufzuklären, ob er bei Erhebung der rei uindicatio (statt der h. p.) mit der exceptio praeiudicii zu rechnen haben werde. Aber ob der Beklagte sich einer exceptio bedienen wird oder nicht, ergibt sich in iure ohnehin: wozu also die besondere Frage? Die alten Scholiasten — zu Bas. XXII, 1, 36, XLII, 1, 69 — sehen den Zweck unserer interrogatio darin, daß sie den Kläger darüber habe aufklären sollen, ob er h. p. oder actio in rem specialis zu erheben habe; das stimmt aber nicht zu der bloß zweigliedrigen Alternative. S. jetzt auch Beseler IV, 49.

[5] D. (5. 4).

[6] h. t. 1, 4. Fr. 1 augenscheinlich irrig Ulp. 5 inskribiert.

[7] h. t. 2.

[8] Sie war im Edikt proponiert: h. t. 1 pr.

[9] Gai. 6 (5. 3) 10 § 1: . . . intendit . . . hereditatem suam esse . . . pro parte. Vgl. Ulp. 15 h. t. 1, Gai. 6 h. t. 2, Paul. sent. I, 13[b] § 5 (= consult. V, 5). Incertae partis: Ulp. 15 h. t. 1 § 5. Formel nach Gai. IV, 54: quantam partem paret in ea hereditate q. d. a. A^i A^i esse. Etwas anders Ferrini, per l'VIII centen. di Bologna 88.

[10] Gai. 6 (5. 3) 10 § 1: . . . restituitur, quod

§ 67. [*QUEMADMODUM A BONORUM POSSESSORE UEL CONTRA EUM AGATUR*][1]

Ulp. 15,[2] Gai. 6.[3]

Eine Formel für eine h. p. des bonorum possessor war im Album nicht proponiert.[4] Für die gegenteilige Annahme darf man sich selbstverständlich nicht auf die Digestenrubrik (5. 5) „de possessoria hereditatis possessione“ berufen. Ediktal könnte die Rubrik „über die h. p. poss.“ ja nur dann gewesen sein, wenn das Album ein besonderes Edikt darüber enthalten hätte, was weder erweislich noch (bei einer utilis actio) wahrscheinlich ist. Die Rubrik dürfte auch nicht den Kommentaren entstammen, sondern von den Kompilatoren eingefügt sein. Denn wenn die Kommentare unter einer besondern Rubrik von h. p. poss. gehandelt hätten, so würde aus ihnen in die Digesten, wo die bonorum possessio doch noch eine recht bedeutsame Rolle spielt, sicherlich mehr übergegangen sein, als die zwei dürftigen Fragmente, aus denen der Titel besteht. Was besagen aber diese Fragmente? Das erste (aus Ulp. 15) nur, daß der Prätor an dieser Stelle nach den Zivilerben auch die b. p^es „berücksichtigte“ (rationem habere), wobei an die sogleich zu besprechenden actiones ficticiae zu denken sein wird, jedenfalls gedacht werden kann. Die zweite (aus Gai. 6)

> per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus ciuilibus actionibus heres consequi potest

bezieht sich allerdings in ihrer jetzigen Fassung ausdrücklich auf die h. p. Aber gerade bei den an das fr. 1 sehr ungeschickt anknüpfenden Eingangsworten liegt der Interpolationsverdacht so nahe, daß die Stelle aller Beweiskraft entbehrt.

Gab es für eine h. p. poss. keine ediktale Formel, so wäre es doch immerhin möglich, daß schon die klassische Praxis eine h. p. utilis für den b. p^or entwickelt hätte. Für die entgegengesetzte Ansicht hat sich in erster Linie Leist[5] ausgesprochen. Seine Gründe sind jedoch m. E. nicht überzeugend. Er beruft sich zunächst auf das Schweigen des Gaius und Ulpian über die h. p. poss. in denjenigen Schriften, die, jedenfalls in diesem Punkt, ohne Überarbeitung auf uns gekommen sind. Wie bedenklich aber ein solcher Schluß aus bloßem Schweigen ist, geht, scheint mir, schon daraus hervor, daß Ulpian in diesen Schriften auch des interdictum Quorum bororum keine Erwähnung tut. Weiter meint Leist, daß mit dem Bestand einer allgemeinen h. p. für den b. p^or das Institut der b. p^io sine re unvereinbar sei. Allein der b. p^or sine re würde eben auch mit einer h. p. poss. wider

aduersarius possidet, . . . pro parte ex qua (actor) heres est. Daß die Restitution nur pro parte erfolgt, brauchte in der Formel nicht ausgedrückt zu sein. Anders noch EP².

[1] D. (5. 5).

[2] h. t. 1.

[3] h. t. 2.

[4] Noch zweifelnd EP² 176 f.

[5] Bon. poss. I, 295 ff., Forts. v. Glück (Serie der Büch. 37 u. 38) II, 288 ff.

den heres nicht haben durchdringen können und würde daher gegen diesen der h. p. poss. sich einfach nicht bedient haben; die Institute hätten sehr gut nebeneinander bestehen können, da sie praktisch nicht ineinander griffen.[1] Der Prätor aber würde bei Einführung der h. p. possessoria eben nicht an den Rechtsstreit des bonorum possessor sine re mit dem heres, sondern an die zahlreichen andern Fälle gedacht haben, wo der Mangel eines wirklichen Universalrechtsmittels für den bonorum possessor schon in klassischer Zeit als ungerechtfertigte Singularität empfunden werden konnte, namentlich also an die Fälle der b. p. cum re: die b. p. contra tabulas, unde liberi, die b. p., die das Fundament einer durchgesetzten querela inofficiosi testamenti bildet. Es ist nicht abzusehen, warum man nicht schon in klassischer Zeit eine allgemeine h. p. possessoria eingeführt haben könnte, in der sehr richtigen Voraussetzung, daß die Grenzen der praktischen Anwendung durch das Interesse der bonorum possessores von selbst gezogen werden würden. Möglichen Übergriffen konnte durch exceptio entgegengetreten werden.

Ich meinerseits glaubte denn auch noch in EP² das Vorkommen der h. p. poss. schon in klassischer Zeit nicht bestreiten zu können. Nicht deshalb, weil in einzelnen Stellen von einem hereditatem petere des b. p^or^ die Rede ist;[2] denn diese Wendung wurde auch untechnisch — im Sinn von „die Erbschaft einfordern" — gebraucht. Aber zwei Fragmente aus klassischer Zeit schienen mir gar nicht anders als auf die h. p. poss. gedeutet werden zu können:[3] (37. 4) 13 pr. und (37. 10) 3 § 13. Nach dem überlieferten Text der ersten Stelle muß, wenn der b. p^or^ contra tabulas von dem scriptus heres hereditatem petit, letzterer ihm „et praedia et seruos hereditarios praestare". Das deutete ich auf einen (durch Itp. verdeckten) Anspruch auf Manzipation der zum Nachlaß gehörigen res mancipi. Dabei könne, sagte ich, nur an die h. p. poss. gedacht werden; denn die Beziehung auf „Einforderung der Erbschaft" durch interdictum Quorum bonorum scheitere daran, daß dieses nur auf Erlangung des Besitzes gehe und daher nicht zu einer Manzipation führen könne. Ich bin nun auch heute noch der Meinung, daß fr. 13 pr. cit. im Urtext eine Verpflichtung zur Übertragung des zivilen Eigentums im Auge hatte, trotzdem praestare als Ersatz für mancipare ungewöhnlich wäre.[4] Aber ich vermag bei erneuter Erwägung nicht einzusehen, weshalb eine solche Verpflichtung zwar bei einer h. p. poss., nicht aber beim interdictum

[1] Übereinstimmend Ubbelohde, Interdikte I, 123 ff.

[2] Zu (34. 9) 5 § 1 und C. (8. 2) 1 vgl. aber doch auch Ubbelohde, a. a. O. 139 ff., 143 ff.

[3] Ich folgte hier Schröder, Noterbenrecht (1877) 151 ff.

[4] Vielleicht erklärt sich das auffallende Wort dadurch, daß im Urtext dem Kläger als Gegenverpflichtung eine Kaution auferlegt war, etwa so: „(cogendus est) mancipare dummodo caveatur ei his rebus recte praestari" — vgl. (6. 1) 19 —, die bezügliche Zeile aber beim Abschreiben ausgefallen war. Daß die Kompilatoren dann aus dem unpassenden Passiv praestari ein Aktiv praestare machten, wäre nur natürlich. Man vgl. übrigens doch auch (19. 1) 11 § 2, wo es im klassischen Text wohl sicher hieß „praestare, id est tradere *et, si mancipi est, mancipare*".

Q. b. denkbar sein soll. Das Ziel beider Rechtsmittel ist ein „restituere", was i. d. R. allerdings nur von der Herausgabe des Besitzes zu verstehen ist, in besonderen Fällen — und ein solcher ist der der b. p. cum re — aber arbitrio iudicis auch auf die Übertragung des Eigentums gedeutet werden konnte.[1] Die zweite Stelle, fr. 3 § 13 cit., läßt im Fall der b. p. Carboniana das „hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus" durch eine exceptio zurückgewiesen werden, gestattet diesem b. p^or^ dagegen das „hereditatem petere directa actione quasi heres". Da bei der directa actio nur an die h. p. gedacht werden könne, so schloß ich, daß das versagte Rechtsmittel notwendig eine utilis h. p., d. h. die h. p. poss., gewesen sein müsse. Biondi[2] hat versucht, diesen Gedankengang zu widerlegen, — wie mir scheint, nicht mit Glück. Er meint, der in der Stelle betonte Gegensatz sei nicht der zwischen h. p. ciuilis und possessoria, sondern zwischen den zivilen Rechtsmitteln überhaupt, die dem b. p^or^ fehlten, und den prätorischen (d. h. Interdikt und a^es^ ficticiae), die ihm zustünden. Aber konnte irgendjemand es ernsthaft für notwendig halten festzustellen, daß ein b. p^or^ sich als solcher der prätorischen Rechtsmittel bedienen und umgekehrt der zivilen nicht bedienen könne? Die Entscheidung war nach beiden Richtungen selbstverständlich. Der Gegensatz in der Stelle wird daher wirklich so zu deuten sein, wie ich es tat. Aber ich traue heute ihrer Klassizität nicht mehr. Die Stelle versagt dem b. p^or^ Carb. als solchem nicht nur die h. p., sondern auch die petitio singularum rerum, die ihm — Satisdation vorausgesetzt — nach (37. 10) 15 zweifellos zustand. Und wie sollen wir uns, selbst wenn es eine klassische h. p. poss. gegeben hätte, das „hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus" denken? Der Ausdruck, der m. W. nur hier vorkommt, scheint darauf hinzuweisen, daß der Kläger sich in iure selbst so bezeichnete; dann aber hätte doch nur eine denegatio actionis, nicht, wie es in der Stelle geschieht, eine exceptio (welche?) in Frage kommen können.

So komme ich zu dem Ergebnis, daß eine h. p. poss. weder im Edikt noch bei den Klassikern nachweisbar ist. Man braucht sich daher nicht um die Lösung des Rätsels zu bemühen, wie ihre Formel ausgesehen haben könnte.[3] Was hinter der h. p. civilis im Album proponiert war, das waren höchstwahrscheinlich die obenerwähnten actiones ficticiae des b. p^or^.[4] Dafür spricht entscheidend die Tatsache, daß einerseits nach (5. 6) 3 § 2 auch die utiles actiones des Universalfideikommissars (im Anschluß an dessen h. p.) hier proponiert waren und andererseits ein sonstiger geeigneter Platz für

[1] Vgl. z. B. (6. 1) 18. Irrig Biondi, la leggit. proc. etc. (ann. Per. 1913) 23.

[2] a. a. O. 25 ff. Vgl. daselbst auch über C. (3. 31) 9, wo die Worte „honorario uel" sicher itp. sind.

[3] Keiner der bisherigen Rekonstruktionsversuche hält der Kritik stand. Vgl. EP² 177.

[4] Gai. III, 32. 81, IV, 34. Ulp. XXVIII, 12. Thal. in Bas. XI, 1, 87 (Heimbach I, 662). In zwei Stellen — (37. 10) 4, (38. 2) 50 § 2 — werden diese Aktionen als actiones possessoriae bezeichnet. Doch muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Kompilatoren ein „ficticiae" des Urtexts durch „possessoriae" ersetzt haben. So schon Fabricius, Rhein. Mus. 4, 209⁶⁴.

die Unterbringung dieser ficticiae actiones fehlt.[1] Ihre Formeln sind uns bekanntlich bei Gai. IV, 34, wenngleich wegen Unleserlichkeit der Handschrift nicht in allen Einzelheiten sicher, doch im wesentlichen erhalten. Die actio in rem des b. p^{or} lautete hiernach:

SI A^{s} A^{s} *L. TITIO* HERES *ESSET, TUM SI EUM* FUND*UM* DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM *EIUS* ESSE *OPORTERE*T, *SI EA RES ARBITRIO IUDICIS A^{o} A^{o} NON RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT* et rel.

Die actio in personam:

Si A^{s} A^{s}[2] *L. TITIO* HERES *ESSET*, TUM SI P*ARE*RET N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, *IUDEX N^{m} N^{m} A^{o} A^{o}* et rel.

Bei formulae in factum conceptae bedurfte es natürlich der Fiktion nicht.[3]

Auffallend ist auf den ersten Blick, daß in diesen Formeln der Frage, ob die ediktalen Voraussetzungen der b. p. vorhanden sind, gar keine Erwähnung geschieht. Indes liegt hier nicht etwa eine Auslassung vor. Bei jeder vom b. p^{or} erhobenen oder gegen ihn gerichteten actio ständig etwa eine praescriptio

E. R. A. si A^{o} A^{o} (N^{o} N^{o}) ex edicto meo bonorum possessio data est

einzuschieben, dafür lag ganz und gar kein Bedürfnis vor; im Gegenteil: es sprachen gewichtige Gründe dagegen.[4] M. E. verfuhr der Prätor hier genau ebenso wie bei der prozessualen Stellvertretung. Wurde von seiten dessen, gegen den der b. p^{or} klagte, das Vorhandensein der ediktalen Voraussetzungen der b. p. bestritten, und war der Streitpunkt nicht ohne weiteres spruchreif, so wurde dem Beklagten analog der prokuratorischen exceptio mangels Vollmacht (si procurator est) eine exceptio „si A^{o} A^{o} ex edicto praetoris bonorum possessio data est" gewährt; diese exceptio „bonorum possessionis non datae", in der 1. Aufl. von mir nur vermutet, ist von Paulus in (44. 1) 20 ausdrücklich bezeugt. Umgekehrt konnte auch dem als b. p^{or} Beklagten, wenn er bestritt, überhaupt die b. p. agnosziert zu haben, exceptio gewährt werden, wogegen ihm eine Berufung darauf, daß die Erteilung der b. p. an ihn nicht dem Edikt gemäß gewesen sei, wohl nicht verstattet wurde.

§ 68. *DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE*[5] *ET UTILIBUS ACTIONIBUS*

Ulp. 16,[6] Paul. 20.[7]

Die Reihe der Universalrechtsmittel wird abgeschlossen durch die h. p. des Universalfideikommissars,[8] neben welcher zugleich die Formeln der

[1] Rudorff (EP § 145) stellt sie willkürlich an den Eingang des Titels de bonorum possessionibus.
[2] Passiv: N^{s} N^{s}.
[3] A. M. anscheinend Bekker, Aktionen II, 111.
[4] Leist, Bon. Poss. I, 302, II^{a}, 317 ff.
[5] D. (5. 6). Die Rubrik war gewiß nicht ediktal.
[6] h. t. 1, 3, (1. 3) 9, (36. 1) 38, 40.
[7] h. t. 2, (36. 1) 39, 41, 43.
[8] Ulp. 15 h. t. 1.

diesem und gegen diesen auf Grund des SC Trebellianum zu gewährenden Singularaktionen proponiert waren.[1]

Gai. II, 253:

> ... Tre*b*ellio Maximo et Ann*a*eo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, qu*ae* iure ciuili heredi et in heredem competerent, (*ei*) et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. per quod senatus consultum desierunt ill*ae* cautiones in usu haberi: pr*ae*tor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, *e*aeque in *e*dicto proponuntur.

Die Gestaltung der Formeln ist nicht ganz unzweifelhaft. Die Juristen kommentieren ausführlich den Begriff restituta hereditas.[2] Dabei können sie aber ebensowohl den Wortlaut des SC Trebellianum — (36. 1) 1 § 2 — zur Vorlage gehabt haben, wie die Formel.

Für die h. p. dürfte eine Konzipierung in factum, wobei des „hereditatem ex senatus consulto Trebelliano[3] restitutam esse" Erwähnung geschah, das Wahrscheinlichste sein. Bei den Singularklagen vermutet Rudorff (EP § 174)[4] Formeln mit Personenumstellung, und auf diese Weise scheinen sich in der Tat diese actiones utiles am leichtesten an den Rechtszustand vor dem Trebellianum anzuknüpfen. Denn bis zu diesem SC versprach vermöge der stipulationes emptae et uenditae hereditatis der Fideikommissar dem Erben, ihn gegen die Erbschaftsgläubiger zu defendieren, umgekehrt der Erbe jenem, er werde gestatten: eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.[5] Die Wirkung des Trebellianum ließe sich dann dahin charakterisieren, daß es diese doppelte Stellvertretung zu einer notwendigen, vom Belieben der Parteien unabhängigen machte.[6] Allein gegen diese sei es auch an sich plausible Vermutung und für fiktizische Fassung entscheidet das Zeugnis des Theophilus zu Inst. II, 23 § 4,[7] auf das Ferrini[8] aufmerksam gemacht hat. Hiernach gewährte der Prätor dem Fideikommissar und wider ihn „util*ίας* *ἀγωγὰς, τούτεστι πλαστικὰς* (ficticias), *ὡσανεὶ κληρονόμου αὐτοῦ ὑπάρχοντος, ἵνα κινῶν λέγῃ· ὡσανεὶ ὑπῆρχον κληρονόμος, εἰ φαίνεται τόνδε χρῆναι δοῦναι*". Nach diesem offenbar aus guter Quelle geschöpften Bericht stimmte die

[1] Paul. 20 (36. 1) 41 vgl. Ulp. 16 h. t. 3 § 2: Hae autem actiones mihi dantur, quae heredi et in heredem competunt. Anders Rudorff, der die utiles actiones ohne Beleg unter seinen Titel de fideicommissis einordnet.

[2] Ulp. 16 (36. 1) 38, 40, Paul. 20 eod. 39, 41 § 2, 43, s. auch Ulp. 16 h. t. 1.

[3] Dies wichtige Wort — s. fr. 1 h. t. v. „ex quo actiones transeunt", (5. 3) 54 pr. v. „ei cui ex Trebelliano senatus consulto hereditas restituta est" — läßt Rudorff, EP § 60, aus.

[4] Auch Bekker, Aktionen II, 118.

[5] Gai. II, 252.

[6] Vgl. auch die bei Ulp. 16 (36. 1) 38 § 1 hervorgehobene Analogie: Ulpian spricht hier dem Tutor das Recht zu selbständiger Restitution der dem Pupillen zugefallenen Erbschaft ab, „quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest".

[7] ed. Ferrini I, 241.

[8] I. L. 17, 899.

Formulierung der actiones fideicommissariae, was ja auch sehr wohl zu verstehen ist, ganz mit der der possessoriae actiones überein. Die Frage, ob die hereditas dem A[s] A[s] oder N[s] N[s] ex senatus consulto Trebelliano restituiert worden, wird, so wie dort die der Erteilung der b. p., nur wenn streitig und dann in Exzeptionsform in der Formel zum Ausdruck gekommen sein.

§ 69. *DE REI UINDICATIONE* [1]

Ulp. 16,[2] 17 (?),[3] Paul. 21,[4] Gai. 7,[5] Pomp. 36–39,[6] Iulian. 6,[7] 7.[8]

Ulp. 16 fr. 1 pr. h. t.:

Post actiones, quae de uniuersitate propositae sunt, subicitur actio singularum rerum petitionis.[9]

Gai. IV, 91–93:

. . . cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agit*ur* aut per sponsionem . . . Petitoria . . . formula haec est qua actor intendit REM SUAM ESSE. Per sponsionem uero hoc modo agimus: prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES?

Die formula petitoria lautete folgendermaßen:

IUDEX ESTO.[10] S. P. REM Q. D. A.[11] EX IURE QUIRITIUM A[i] A[i]

[1] D. (6. 1), C. (3. 32). Die Rubrik ist sicher nicht ediktal. Vielleicht hieß es dort „si singulae res petantur“ oder ähnlich.

[2] h. t. 1, 3, 5, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 22 h. t. Fr. 75 h. t. fälschlich lib. 16 inskribiert, gehört, wie aus der Inskription des fr. 73 zu schließen ist, in lib. 17. Dagegen sind die Berliner Fragmente de iudiciis (coll. libr. iur. anteiust. III, 298) sehr wahrscheinlich unserm Buch entnommen. Anders Peters, oström. Digestenkomm. 70, der die Fragmente der problematischen vorjust. Kompilation zuweist.

[3] Ob die in meiner Palingen. unter Ulp. nr. 576–580 zusammengestellten Fragmente aus lib. 17 einen Nachtrag zum Kommentar über rei uindicatio und Publiciana enthalten, wie ich dort vermute, ist überaus zweifelhaft. Derartige Nachträge sind sonst nicht nachweisbar. Dagegen hat Ulp. 17 (vgl. § 70) — fr. 73 § 1, 75 (s. oben n. 2) h. t. — sicher die Rechtslage des Superfiziars berührt. Das kann den Juristen veranlaßt haben, allgemeiner auf das Recht am Gebäude auf fremdem Boden einzugehen, — so könnte sich ein Zusammenhang für die nr. 576–579, h. t. 37, 39 pr., (24. 1) 45, (42. 3) 1 ergeben. Die nr. 580 aber, h. t. 73 pr., könnte zu § 71 gezogen werden. In bezug auf die actio in rem des Superfiziars vermag ich der radikalen Skepsis Beselers I, 103 (1910) und Albertarios, pegno della superficie (1911) 19, nicht zu folgen.

[4] h. t. 2, 4, 10, 12, 14, 16, 21, 23, 27, 31, 33, 35, 74, (10. 4) 2, (19. 2) 43, (41. 3) 12, (50. 16) 25, 28 pr., (50. 17) 129.

[5] h. t. 18, 20, 24, 28, 30, 36, 40, 76.

[6] Pomp. 36 cit. h. t. 8; Pomp. 37 cit. h. t. 1 § 2, (42. 1) 36; Pomp. 39 cit. h. t. 21.

[7] cit. h. t. 17 pr. § 1. Vielleicht ist hier statt libro sexto zu lesen: septimo.

[8] h. t. 34, (22. 1) 25 cf. h. t. 17 § 1.

[9] Itp. (Albertario, a° de univ., 1910, 8. 40 u. Pal. II, 508[5]), aber sachlich richtig.

[10] Cic. in Verr. II, 2, 12 § 31.

[11] Ulp. 16 h. t. 1 § 1–3, 3, 5, Paul. 20 h. t. 2, 4. Über die Genauigkeit in der Bezeichnung: Paul. 6 h. t. 6 (s. oben S. 82). Über die Folgen irriger und zweifelhafter Bezeichnung: Ulp. 16 h. t. 5 § 4. 5. Über die Vindikation freier Personen (s. p. L. Titium filium A[i] A[i] oder in potestate A[i] A[i] esse ex iure Quiritium): Ulp. 16 h. t. 1 § 2, Gai. I, 134. Über die uindicatio partis: Ulp. 17 h. t. 73 pr., Paul. 21 h. t. 35 § 3, (50. 16) 25, vgl. Paul. 6 h. t. 6, Paul. 12 h. t. 8, Gai. 7 h. t. 76 pr. Speziell incertae partis: Gai. 7 h. t. 76 § 1, Gai. IV, 54 (quantam partem paret in eo fundo

ESSE[1] NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS A° A° RESTITUETUR,[2] QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N^m^ N^m^ A° A° C. S. N. P. A.[3]

Eine utilis uindicatio fiktizischer Fassung[4] ist uns sicher bezeugt für den Fall der alienatio in fraudem creditorum (s. § 225) in I. (4. 6) § 6; durch fiktizische in rem actio werden ebenso auch alle Veräußerungsbeschränkungen des honorarischen und kaiserlichen[5] Rechts durchgesetzt worden sein.[6] Eine andersartige ganz eigentümliche utilis actio ist weiter die R. V. repetita die, von der in fr. 9 § 6 (10. 4) die Rede ist: „s. p. mulierem q. d. a. Kalendis Ianuariis illis A^i^ A^i^ fuisse ex iure Quiritium".[7] Was sich sonst noch an utiles uindicationes — sei es als solche bezeichnet, sei es als utilis in rem actio oder utilis actio schlechtweg — unter dem Schein der Klassizität in den Justinianischen Quellen findet, ist teils sicher, teils höchstwahrscheinlich interpoliert.[8] Die „actio" in fr. 41 (41. 1) kann, wenn echt, wohl kaum als utilis rei uindicatio bezeichnet werden.

§ 70. SI AGER UECTIGALIS PETATUR[9]

Ulp. 17,[10] Paul. 21.[11]

Hinter der R. V. war im Edikt die actio in rem für die Erbpächter von Munizipalgrundstücken proponiert,[12] und zwar, soweit ersichtlich, ohne

q. d. a. actoris esse), Ulp. 16 h. t. 5 pr. (quantum paret in illo aceruo A^i^ A^i^ esse), Paul. 23 (10. 3) 8 § 1.

[1] Gai. IV, 34. 36. 41. 45. 86, Cic. in Verr. II, 2, 12 § 31, Frontin. de controu. p. 44. Expressa causa: Ulp. 75 (44. 2) 11 § 2, Paul. 70 eod. 14 § 2. Vgl. noch Prob. Einsidl. 32: E. I. Q. = ex iure Quiritium. Die Worte bezeichnen das Eigentum als ziviles und fehlen daher auch da nicht, wo das Zivileigentum durch eine Erwerbart des ius gentium erworben ist So verstehe ich Paul. 21 h. t. 23 pr. A. M. Rudorff, EP § 61[8], Jhering, Scherz und Ernst 318f., Wlassak, Prozeßges. I, 118 n. 27.

[2] Paul. 21 h. t. 35 § 1, Ulp. h. t. 68, Ulp. 16 h. t. 9 i. f., Ulp. 53 (39. 2) 9 § 2, C. h. t. 21, Cic. in Verr. II, 2, 12 § 31. In letzterer Stelle bildet Cicero, um die Allmacht des Prätors zu exemplifizieren, folgende Formel: S. p. fundum Capenatem q. d. a. ex iure Quiritium P. Seruilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur. So sicher es ist, daß diese Formel eine absichtlich als solche vorgeführte Monstrosität ist, so ist es doch gewiß am wahrscheinlichsten, daß sie sich, von der Vertauschung des Namens in der Restitutionsklausel abgesehen, enge an das Vorbild der formula petitoria anlehnte. Dies gegen Lenel, Beitr. z. K. d. prätor. Edikts (1878) 91. Die Namen in der Formel sind solche von iudices der quaestio. Vgl. in Verr. II, 3, 90 § 211; 4, 31 § 69, 38 § 82.

[3] Gai. IV, 51, Paul. 21 h. t. 71.

[4] Nicht hierher gehören die Berliner Fragmente de iudiciis, vgl. Alibrandi, opere I, 374ff.

[5] Fr. de iure fisci § 20, (48. 2) 20.

[6] In diesen Zusammenhang gehören Paul. 21 (41. 3) 12, (50. 16) 28 pr., (50. 17) 129. Die letztere Stelle hat im pr. deutlichen Bezug auf die actio rescissoria der Gläubiger.

[7] Rudorff, EP § 61[10].

[8] Dahin rechne ich (24. 1) 30 — Gaius hatte hier von der retentio gehandelt, arg. c. un. § 5^a^ (5. 13) —, (41. 1) 9 § 2 cf. Gai. int. II, 78, wohl auch h. t. 5 § 3 — dem Alfenus wird diese utilis in rem actio kaum zuzutrauen sein, vgl. auch (39. 2) 9 § 2. Ferner (26. 9) 2, (24. 1) 55, C. (3. 32) 8. Vgl. zu der Interpolationsfrage besonders Mancaleoni, contrib. alla storia e alla teoria della r. v. utilis (studi Sassaresi I), v. Mayr, SZ 26, 83ff., Solazzi, bull. 22, 64ff., Pringsheim, Kauf mit fr. Gelde 125ff.

[9] D. (6. 3).

[10] (50. 16) 27 pr., wahrscheinlich auch h. t. 2 (falsch 17 ad Sab. inskribiert) und — zu einer Anhangserörterung gehörig — (6. 1) 73 § 1, 75.

[11] h. t. 1, 3.

[12] Actio quae de fundo uectigali proposita est, (21. 2) 66 pr. Uectigalis actio: (39. 2) 15 § 26.

vorausgeschicktes Edikt, was sich vielleicht daraus erklärt, daß es sich hier um eine actio handelt, die ihre Einführung wohl nicht prätorischer, sondern kaiserlicher Initiative verdankt.

In den Digesten stehen die hierhergehörigen Fragmente unter der Rubrik:

Si ager uectigalis id est emphyteuticarius petatur.

Rudorff (EP § 64) hält die hervorgehobenen Worte für echt ediktal und beruft sich dafür auf Macer (2. 8) 15 § 1, wo ebenfalls von einem uectigalis id est emphyteuticus ager die Rede ist. Meiner Überzeugung nach sind sie beidemal ein Einschiebsel der Kompilatoren. Es ist schlechterdings unglaublich, daß, wie Rudorff annimmt, der Prätor selbst sie zugefügt habe, „ut conducticius ager a stipendiario siue tributario separationem acciperet“: denn der relativ junge Ausdruck ager emphyteuticarius, aufgekommen beim Erbpachtverhältnis an den kaiserlichen Ländereien, ist auf das Erbpachtverhältnis an den Munizipalgrundstücken ohne Zweifel erst übertragen worden, als jenes erstere Verhältnis anfing, das letztere an praktischer Bedeutung zu überwiegen, gewiß aber noch nicht in den Zeiten Hadrians. In den Digesten kommt der Ausdruck überhaupt nur in jenen beiden verdächtigen Stellen vor, außerdem nur noch einmal das ius ἐμφυτευτικόν in (27. 9) 3 § 4, wo der Ausdruck doch schwerlich auf agri uectigales zu beziehen ist. Wie hätte der Prätor hoffen sollen, daß ein fremdländisches, unpassendes und selten gebrauchtes Wort zur Verdeutlichung seiner Absichten dienen werde?

Ebensowenig kann ich Rudorff beistimmen, wenn er die Formel der actio uectigalis in ius konzipiert:

S. p. agrum uectigalem, id est emphyteuticarium (!), A^i A^i esse . . .

Als Beweis führt R. für diese Konzeption einzig an, daß Paul. 21 h. t. 1 § 1 die actio des Erbpächters als actio in rem bezeichnet. Was aber daraus hervorgehen soll, ist um so unklarer, als R. selbst (EP § 61[10]) annimmt, daß die utilis R. V. zuweilen in factum konzipiert gewesen sei, eine Annahme, die, wenn man diese überall für echt hält, in der Tat ganz unvermeidlich ist.[1] Umgekehrt ist es nicht denkbar, daß die Römer, wenn das Rechtsverhältnis am ager uectigalis offiziell[2] als eius esse anerkannt gewesen wäre, jahrhundertelang darüber hätten im Zweifel sein können, ob der für dies Verhältnis übliche Name locatio im technischen Sinne berechtigt sei:[3] durch das „eius esse“ wäre das Geschäft als Kauf geradezu proklamiert worden. Ich schließe mich daher Savigny[4] und Bethmann-Hollweg[5] in der Annahme einer formula in factum concepta an, über deren Fassung natürlich nur Vermutungen möglich sind. Das Wort ager ist außer in der Digestenrubrik auch bei Ulp. 17 (50. 16) 27 pr. bezeugt.[6] Da ferner Paul. 21

[1] S. oben S. 186.

[2] Eine gelegentlich von einem einzelnen Juristen der Kürze halber gebrauchte Wendung, wie in (18. 5) 9, kommt hier nicht in Betracht.

[3] Gai. III, 145, I. (3. 24) § 3.

[4] System, V, 81 n. i[1].

[5] CP II, 315 n. 56.

[6] Zu der in § 71 besprochenen Formel kann fr. 27 pr. cit. nicht gehören, da bei

in h. t. 1 pr.[1] die agri uectigales als solche definiert, qui in perpetuum locantur, und auch in fr. 1 § 1 fortfährt:

> Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamuis non efficiantur domini, tamen placuit [competere] ⟨*dari*⟩ eis in rem actionem . . .,

so glaube ich annehmen zu sollen, daß die Musterformel nur auf den Fall ewiger Pacht reflektierte. Damit würde, wenn die Digestenüberlieferung Vertrauen verdient, ganz gut stimmen, daß Paulus in fr. 3 h. t. fortfährt:

> Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit.[2]

Eine Formel:

> *S. p. A^m A^m agrum q. d. a. a municipibus municipii Venusini in perpetuum fruendum conduxisse neque ea res* et rel.

scheint mir daher große Wahrscheinlichkeit für sich zu haben.[3] Für den Rechtsnachfolger bedurfte es einer formula accommodata.[4] Zweifelhaft könnte sein, ob die Formel nicht auch das Eigentum der municipes als Klagvoraussetzung namhaft machte.[5]

Exceptio uectigalis non soluti: Ulp. 17 h. t. 2.

§ 71. *SI PRAEDIUM STIPENDIARIUM UEL TRIBUTARIUM PETATUR*

Ulp. 17.[6]

Im städtischen Edikt war natürlich von der uindicatio[7] der praedia stipendiaria und tributaria[8] keine Rede. Im Provinzialedikt aber war ohne

dieser für Grundstücke aller Art bestimmten actio eine Beschränkung auf agri nicht denkbar ist. Unsere actio uectigalis aber konnte den seltenen Fall des aedificium uectigale sehr wohl unberücksichtigt lassen.

[1] Vgl. auch (39. 4) 11 § 1, I. (3. 24) § 3.

[2] Doch ist diese Stelle gewiß von den Kompilatoren verändert, ohne daß sich freilich sagen läßt, wieweit. Unmöglich kann die actio in rem allen Zeitpächtern zugestanden worden sein. Vgl. Mitteis, Verh. der kgl. sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. XX[4], S. 16. Dagegen Mommsen, SZ 23, 441.

[3] Ähnlich auch Savigny und Bethmann-Hollweg a. a. O.

[4] Um diesen Fall einzuschließen, schlug ich in der 1. Aufl. statt „conduxisse" vor: conductum habere. Allein mit Recht bemerkt Ad. Schmidt, SZ 11, 151 n. 3, daß conductum habere nur vom Besitzer, nicht vom nichtbesitzenden Kläger gesagt werden kann.

[5] Vgl. Ad. Schmidt, a. a. O. 151.

[6] (50. 16) 27 § 1. Eben hierher dürften auch die von mir in der Paling. unter Ulp. nr. 585–589 gesetzten Stellen gehören: fr. 39 § 1, 41, 77 (6. 1), fr. 29 (39. 6). In allen diesen Stellen ist von einer nicht näher bezeichneten „in rem" actio die Rede, deren Gegenstand in nr. 585. 586. 588. 589 ein fundus ist. Als Übertragungsform erscheint in nr. 585. 586. 588. 589 deutlich die Tradition, nicht die Manzipation. Nr. 587 — fr. 29 (39. 6) — ist enge mit nr. 586 — fr. 41 pr. (6. 1) — zu verbinden; es war sehr natürlich, daß man hier die allgemeinen Grundsätze über Tradition vergleichend heranzog. Dies gegen Erman, SZ 11, 273 ff. Übrigens ist die Frage, ob nicht auch in nr. 587 „res" für „fundus" interpoliert ist. Ob eine oder die andere dieser Stellen sonst noch Verdacht erregt, kann hier dahingestellt bleiben.

[7] Fr. Vat. 315. 316.

[8] Gai. II, 14 i. f. 21, fr. Vat. 61. 259. 283, I. (2. 1) 40, Theophil. ad. h. l., Frontin. de controu. ed. Lachm. p. 36.

Zweifel eine Formel für sie proponiert, und daß sie gerade an dieser Stelle stand, ist nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern auch daraus zu schließen, daß Ulp. 17 (50. 16) 27 in demselben Fragment, dessen pr. den der Formel der actio uectigalis angehörigen Begriff ager definiert, in § 1 von den Begriffen stipendium und tributum handelt.

Über die Konzeption dieser Formel sind wir leider nicht unterrichtet. Frontinus (s. S. 188 n. 8) berichtet freilich von den Provinzialen:

> uindicant . . . inter se non minus fines ex aequo ac si priuatorum agrorum.

Aber dieser Bericht will nur sagen, daß den Provinzialen, obwohl sie nicht Eigentümer des Provinzialbodens seien, dennoch aus Billigkeitsgründen eine Vindikation[1] gestattet worden sei, und hätte nimmermehr dahin führen sollen, die auch von Rudorff (Œ P § 63) adoptierte unmögliche Formel aufzustellen:

> S. p. agrum q. d. a. . . . ex aequo Ai Ai esse.

Denn nachdem einmal ein Privatrecht am Provinzialboden anerkannt war, konnte die Frage, wem dieses Recht zustehe, hier ebensowenig wie irgendwo anders eine Frage der aequitas sein.

Da für das Quasi-Eigentum am Provinzialboden der Ausdruck possessio et ususfructus technisch ist[2] und da es in der inschriftlich überlieferten lex agraria von 643 wiederholt[3] technisch als habere possidere frui (licere) bezeichnet ist, so halte ich es für das weitaus Wahrscheinlichste, daß die Formel auf

> S. p. Ao Ao fundum q. d. a. habere possidere frui licere neque ea res *et rel.*

oder ähnliche Worte gestellt war.[4]

[1] Mit der uindicatio finium ist übrigens keineswegs technisch die R. V., sondern vielmehr der Grenzstreit in seinen verschiedenen möglichen Gestaltungen gemeint.

[2] Gai. II, 7, Theophil. l. c., Frontin. l. c. S. auch Apograph. Studem. cod. Ver. p. 60, lin. 7. 8.

[3] Lin. 50. 52. 82 vgl. lin. 32. 40 (C. I. L. I, 75, n. 200).

[4] Die obige Vermutung ist von Partsch, die Schriftformel im röm. Prov.-Proz. (1905) 107 f. mit der Behauptung bestritten worden, „habere possidere frui licere" bedeute, wie namentlich aus den Eviktionsstipulationen hervorgehe, nur die tatsächliche, nicht die rechtliche Möglichkeit, den Eigentumsinhalt auszuüben. Aber auch der Verkäufer hat dem Käufer nach übergebenem Besitz nur die rechtliche, nicht die tatsächliche Möglichkeit des habere zu gewährleisten, und haftet nach Eviktion nur deshalb, weil hier das habere von Rechtswegen gestört ist. In gleichem Sinn ist m. E. auch das κατέχειν τε καρπίζεσθαί τε ἐξεῖναι in dem von Partsch angef. SC zu verstehen: es bedeutet das rechtliche Dürfen, nicht das tatsächliche Können. Übrigens wäre Partschs Bedenken leicht dadurch zu begegnen gewesen, daß man die Quelle des licere, etwa die Provinzialordnung, in der Formel bezeichnete. Andere Anregung jetzt bei Partsch, SZ 31, 414. Weber, röm. Agrargesch. 216, glaubt nicht an eine einheitliche Formel deshalb, weil das Besitzrecht am Provinzialboden nicht einheitlich geordnet gewesen sei. Die obige Formel ist selbstverständlich auf die Normalgestaltung dieses Besitzrechts berechnet. Überflüssig ist neben licere die von Kniep, Gai. inst. IIa 107, vermißte Erwähnung der condicio praestandi tributi.

§ 72. SI USUSFRUCTUS PETATUR[1] UEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR[2]

Ulp. 17,[3] Paul. 21,[4] Gai. 7,[5] Pomp. 40,[6] Iulian. 7.[7]

Die konfessorische und negatorische Formel[8] für den Nießbrauch ist zwar nicht überliefert, aber nach den erhaltenen Andeutungen im wesentlichen sicher wiederherzustellen.

Confessoria:[9]

SI PARET A° A° IUS ESSE EO FUNDO[10] Q. D. A. UTI FRUI[11] NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS A° A° RESTITUETUR,[12] QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM *et rel.*[13]

Negatoria:

SI PARET N° N° IUS NON ESSE EO FUNDO Q. D. A. UTI FRUI INUITO A° A°[14] NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS A° A° RESTITUETUR,[15] Q. E. R. E., *et rel.*[16]

Neben die actio negatoria tritt sowohl hier wie bei den Realservituten als Parallelformel die von K. E. Zachariä[17] entdeckte formula prohibitoria mit der intentio: s. p. A° A° ius esse prohibendi N^{m} N^{m} (uti frui). Diese Formel ist direkt bezeugt durch Stephanus in dem n. 14 angeführten Scholion, wie auch die intentio „εἰ φαίνεταί με δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ uti frui". Einige weitere byzantinische Berichte[18] bestätigen die Existenz der ἀγωγὴ προϊβιτορία, und Spuren davon finden sich auch in der Digestenüberlieferung vor: Ulp. 17 h. t. 5 pr., Marcell. 6 dig. (8. 5) 11. Allen diesen Belegen zum Trotz habe ich seinerzeit[19] und noch in der 1. Aufl. nicht an die formula prohibitoria glauben wollen, weil mir alle Versuche, die Existenz einer solchen Parallelformel zu erklären, mißlungen schienen.[20] In einer

[1] *Flor.* petetur.

[2] D. (7. 6). Die Ediktmäßigkeit dieser Rubrik möchte ich nicht anzweifeln. Zweifel bei Segrè, mél. Gir. II, 522[2].

[3] h. t. 5, (7. 2) 10, (7. 7) 2.

[4] h. t. 6.

[5] (7. 1) 6, 39, 45, 74, (7. 2) 5, (7. 4) 19, 30, (7. 7) 3, (7. 8) 1, 13, (21. 2) 49.

[6] cit. h. t. 5 § 4, (8. 2) 5.

[7] h. t. 3, cit. h. t. 5 § 1. Fr. 12 (40. 7) ist wohl unrichtig inskribiert, vgl. Iulian nr. 117.

[8] Ich behalte der Kürze halber diese Bezeichnungen bei, obwohl die nachklassische Herkunft mindestens der ersten durch Segrè, a. a. O. 510 ff. m. E. sicher erwiesen ist.

[9] Ulp. 17 h. t. 5 pr.: Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usum fructum. Stephan. in h. l. (suppl. Basil. ed. Zachariä 112 f.). Gai. IV, 3.

[10] Illa parte fundi: Ulp. 17 h. t. 5 § 2. Hierher auch (7. 2) 10 cf. h. t. 5 § 5.

[11] Ad tempus: fr. Vat. 52.

[12] Ulp. 17 h. t. 5 § 3–5. Fr. 5 § 4[a]: fructuario qui uicit omnis causa restituenda est.

[13] Gai. IV, 51.

[14] Ulp. 17 h. t. 5 pr.: ... actio negatiua ..., cum inuito se negat ius esse utendi fructuario. Stephan. l. c.: εἰ φαίνεταί σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ uti frui inuito me. Vgl. ferner: (20. 1) 11 § 2.

[15] Ulp. 17 h. t. 5 § 6.

[16] Gai. IV, 51.

[17] ZgeschRw. 12, 258 ff.

[18] Vgl. H. Witte, Zschr. f. Ziv. Rt. u. Pr. N. F. 13, 392 f.; ferner: Gloss. Labb. s. v. προνιβιτορία (Otto, Thes. III, 1791), Psellus, synopsis leg. v. 565, dazu die von Bosquetus (Meermann, Thes. I, 69) mitgeteilte Glosse, Zachariä, arch. giur. 42, 171.

[19] SZ 2, 72 ff.

[20] Für mißlungen halte ich auch die neuerlichen Versuche von Schott, das ius prohibendi und die form. prohib. (in der Breslauer Festgabe zu Windscheids Jubiläum

spätern Abhandlung änderte ich meine Ansicht und fand nunmehr die Erklärung für die Doppelformel in folgendem. Die actio negatoria mit ihrem „ius non esse" sei dem und nur dem Gegner gegenüber am Platz gewesen, der eine zivile Servitut, ein eigentliches „ius" in Anspruch nahm. Zur Abwehr der Anmaßung solcher Servituten, für die nur tuitio praetoris beansprucht werden konnte, habe der zivile Eigentümer einer besondern actio bedurft, die sehr natürlich auf sein ius prohibendi abgestellt worden sei, der actio prohibitoria. Die Servitutbehauptung selbst sei dieser actio gegenüber als exceptio hervorgetreten, ganz wie die Behauptung prätorischen Eigentums der rei uindicatio gegenüber.[1] Allein diese schön ausgedachte Hypothese scheitert, worauf Bortolucci[2] und Segrè[3] hingewiesen haben, an dem ausdrücklichen Zeugnis Marcians und Papinians in (20.1) 11 § 2, wo die negativ auf „ius non esse" abgestellte Formel gegen einen Pfandgläubiger zugelassen wird, der doch sicherlich kein ziviles ius besaß. Bortolucci selbst glaubt, die prohibitoria sei bestimmt gewesen, einen Nießbraucher oder Servitutberechtigten, dessen Recht an sich nicht bestritten wurde, zu zwingen, sich in der Ausübung innerhalb der Grenzen seines Rechts zu halten. Segrè, der diese Vermutung mit guten Gründen bekämpft,[4] hält seinerseits die Formel für eine im Edikt wahrscheinlich nicht vorgesehene Parallelformel zur actio negatoria, vielleicht späten Ursprungs, die sich aber in ihrem Anwendungsgebiet von dem der letztern nicht unterschieden hätte. Eine allseitig befriedigende Lösung der Streitfrage ist bis zur Stunde nicht gefunden und ist um so weniger zu erhoffen, als die beiden oben angef. Digestenstellen begründetem Verdacht der Interpolation unterliegen,[5] deren Umfang aber wiederum Gegenstand von Zweifeln sein kann. Es bleiben jedenfalls die byzantinischen Zeugnisse, über die ich mich, sowenig wie Segrè, mit Beseler hinwegzusetzen vermag.[6]

§ 73. SI SERUITUS UINDICETUR UEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR[7]

Ulp. 17,[8] Paul. 21,[9] Gai. 7,[10] Pomp. 41,[11] Iulian. 7.[12]

Für welche Servituten hier im Edikt Formeln proponiert waren, läßt sich mit ziemlicher Sicherheit ermitteln. Unter den Rustikalservituten

1884), Ferrini, per l'VIII centen. di Bologna (1888) 83ff., Karlowa, RG II, 470f., dem sich Monnier, NRH 1895, 684 anschließt, Henle, Unus Casus (1915) 154ff.

[1] SZ 12, 1ff. Ebenso noch EP².

[2] bull. 21, 117.

[3] mél. Gir. II, 526. 564⁴.

[4] a. a. O. 564⁴.

[5] Longo, bull. 11, 313.

[6] Beseler I, 78. 79*, Segrè, a. a. O. 527f.

[7] D. (8. 5). Auch die Authentizität dieser Rubrik wird von Segrè l. c. (s. S. 190²) angezweifelt.

[8] h. t. 2, 4, 6, 8, (8. 1) 2, (8. 2) 5, (8. 3) 3, 5, (8. 4) 2, (19. 2) 44, die letzte Stelle fälschlich Ulp. 7 inskribiert.

[9] h. t. 5, 7, 9, (8. 1) 3, 6, (8. 2) 1, (8. 3) 7, (8. 6) 2, wahrscheinlich auch (s. S. 192) (50. 16) 28 § 1.

[10] (8. 1) 5, (8. 2) 2, 6, 8, (8. 3) 8, (8. 4) 3, (8. 6) 1, 3, (50. 16) 30.

[11] cit. h. t. 4 § 3-5.

[12] h. t. 16, (8. 2) 32, 37, (8. 3) 27.

hatten nur die Wegeservituten eine an dieser Stelle des Albums proponierte Formel. Dieselbe wird ausführlich besprochen von Ulp. 17 h. t. 2 § 1–3, 4 pr.–§ 5, Paul. 21 (8. 3) 7 pr., h. t. 9, (8. 6) 2, Gai. 7 (8. 3) 8. Eine Formel, sage ich: denn nach den Kommentaren können die Wegeservituten sämtlich nur eine proponierte Formel gehabt haben, die auf ius eundi agendi gestellt war. Diese Formel genügte auch für das iter sine actu und für den actus sine itinere: qui iter sine actu uel actum sine itinere habet, actione (nämlich hac actione) [de seruitute] utetur, wie es in fr. 4 § 1 h. t. heißt.[1] Denn die asyndetisch nebeneinandergestellten Worte ire agere konnten — darauf dürfte sich das wahrscheinlich hierher gehörige fr. 28 § 1 (50. 16) aus Paul. 21 beziehen — ex mente pronuntiantis ebensowohl disjunktiv wie konjunktiv verstanden werden.[2] Die uia aber war für die Klassiker nichts anderes als das ius eundi agendi.[3] Rudorff (EP § 66) stellt neben die Formel für die Wegeservituten auch noch eine Formel für den aquae ductus. Eine solche nun war im Edikt allerdings proponiert, aber nicht an dieser Stelle, sondern erst viel später neben der actio aquae pluuiae arcendae[4] (vgl. § 176). Was die übrigen Rustikalservituten angeht, so zeigt § 2 I. (2. 3) deutlich, daß für diese eine Formel im Edikt nicht proponiert gewesen sein kann:

> In rusticorum praediorum seruitutes quidam computari recte putant aquae haustum,[5] pecoris ad aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae.

Auf nicht ediktale Rustikalservituten haben wir daher die Worterklärungen bei Gai. 7 (50. 16) 30 zu beziehen.

Von den Urbanservituten waren im Edikt berücksichtigt das ius altius non tollendi,[6] oneris ferendi,[7] tigni immittendi,[8] ohne Zweifel auch die seruitus stillicidii, die in dem Verzeichnis von Urbanservituten, das Gai. 7 (8. 2) 2 gibt, noch vor der seruitus tigni immittendi figuriert[9] und schon in

[1] Anders die 1. Aufl. Vgl. aber Scialoja, bull. 2, 165 ff., Karlowa, RG II, 499. Nicht widerlegt durch Landucci, atti Ven. LXV², 1307 ff.

[2] Anders (für Streichung des überflüssigen Wortes in der Formel) Scialoja a. a. O., Arangio-Ruiz, per la classific. etc. (st. Brugi) SA 6, letzterer unter Berufung auf (44. 2) 11 § 6, welche Stelle aber ihre richtige Bedeutung gerade durch die Annahme gewinnt, daß de itinere und de actu mit der gleichen Formel prozessiert wurde.

[3] Vgl. Ulp. (8. 3) 1: uia est ius eundi et agendi [et ambulandi] (die zwei letzten Worte hält auch Mommsen für Einschiebsel). Paul. 21 eod. 7 pr. i. f., h. t. 9 pr.: siue uiam habet, ius sibi esse ire agere . . . intendere potest. Cels. (8. 6) 6 i. f.: quod per duas pariter uias ire agere possit. Vgl. auch (8. 1) 9. Überzeugend Arangio-Ruiz, a. a. O. 4.

[4] Daher springt Ulpians Kommentar in fr. 4 § 6 h. t. nach Erledigung der Wegeservituten in ganz auffälliger Weise zum aquae haustus über und läßt den viel wichtigeren aquae ductus unbesprochen.

[5] Vgl. auch Ulp. 17 h. t. 4 § 6: sed et de haustu, quia seruitus est, competunt nobis in rem actiones.

[6] Ulp. 17 h. t. 4 § 7. 8, 6 pr. § 1, Paul. 21 h. t. 5, Gai. 7 (8. 2) 2, Iulian. 7 eod. 32.

[7] Ulp. 17 h. t. 6 § 2–7, 8 pr., Paul. 21 h. t. 7, (8. 2) 1 § 1, vgl. Gai. 7 eod. 8.

[8] Ulp. 17 h. t. 8 § 1–4, Iulian. 7 (8. 2) 37. Ulpian schloß hier die Erörterung sonstiger möglicher Immissionsservituten an, cf. h. t. 8 § 5–7.

[9] Vgl. auch I. (2. 3) § 1, Paul. 21 h. t. 9 pr., Iulian. 7 h. t. 16. A. M. Schott, ius prohib. 62.

vorciceronischer Zeit als Servitut anerkannt war,[1] daneben endlich wohl auch die seruitus fluminis, die mit jener gewöhnlich in engster Verbindung vorkommt.[2] Weitere Servitutformeln sind als ediktal nicht mit Sicherheit nachweisbar,[3] unsicher bleibt namentlich auch die Ediktsässigkeit der Formeln für die seruitutes proiciendi und protegendi. Zwar sind letztere in dem Verzeichnis bei Gaius fr. 2 cit. namentlich angeführt, aber erst am Schluß und mit einem angehängten ceteraque istis similia, was jener Anführung ihre Bedeutung nimmt; in dem Verzeichnis des § 1 I. (2. 3) fehlen sie, und auch die Kommentare gehen auf diese Servituten gar nicht ein.[4]

In der Fassung der Formeln weiche ich in einem Hauptpunkte von der üblichen ab: ich glaube die Restitutionsklausel hier weglassen zu müssen, als unvereinbar mit dem Bericht des Paulus in (5. 3) 19 i. f.:

> Seruitutes in restitutionem hereditatis non uenire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus . sed si non patiatur ire et agere, propria actione conuenietur.

So konnte der Jurist, man mag die Stelle im übrigen verstehen wie man will,[5] nicht schreiben, wenn in den Servitutformeln selber breit geschrieben stand: neque ea res . . . restituetur, und in der Tat begreift sich ja auch sehr gut, daß man bei diesen Aktionen, deren älteste — die Rustikalservitutklagen — fast nie eine restitutio im eigentlichen Sinne mit sich bringen, die obige Klausel wegließ.[6] Was daher in den Kommentaren vom officium iudicis bei unsern Aktionen gesagt ist,[7] schließt sich nicht an einen Formelbestandteil an.

Ich lasse nun die konfessorischen und negatorischen Formeln folgen. Wegen der formula prohibitoria verweise ich auf das § 72 Ausgeführte.

I. 1. *S. P. A° A° IUS ESSE PER FUNDUM ILLUM IRE AGERE,*[8] *QUANTI EA RES ERIT* et rel.

2. *S. P. N° N° IUS NON ESSE PER FUNDUM ILLUM IRE AGERE INUITO A° A°,*[9] *QUANTI* et rel.

[1] Cic. de orat. I, 38 § 173, vgl. auch Varro, de L. L. V, 27. Vgl. Voigt, Ber. der sächs. Gesellsch. der Wiss. XXVI, 188.

[2] § 1 I. cit., Varro l. c.

[3] Vgl. indes Karlowa, RG II, 532, der noch mehrere solche Formeln annimmt.

[4] Angeführt sind sie nur noch bei Paul. 21 (8. 2) 1 pr.

[5] Vgl. Francke, Komm. über den Pandektentitel de H. P. 208 ff.

[6] Anders die herrschende Ansicht, vgl. Levy, SZ 36, 11 und die dort Angef., dazu noch Arangio-Ruiz, struttura dei diritti etc. (1909) 52, ohne eigentliche Widerlegung des im Text Gesagten. Daß da und dort in den Quellen auch bei Realservitutklagen ein restituere erwähnt wird — so z. B. h. t. 4 § 4, (43. 3) 1 § 8 —, ist kein Gegenbeweis, da ich ja nur das formelmäßige „neque . . . restituetur" leugne.

[7] Vgl. h. t. 4 § 2, 6 § 5 f., 7, 8 pr. § 4.

[8] Vgl. außer S. 192 noch Gai. IV, 3, D. (8. 3) 20 pr., 23 § 3, Theophil. ad Inst. IV, 6 § 2. Rudorff hat per locum illum N^i N^i: allein die actio setzt nicht voraus, daß der Beklagte Eigentümer des dienenden Grundstücks ist.

[9] Ulp. 17 (8. 2) 5; a. M. namentlich Jhering, Geist d. röm. R. IV, n. 97 a. E., s. aber H. Pernice, comm. iur. Rom. duae (1857) 160 f., auch Adolf Schmidt, krit. Vjschr. 7, 294 ff.

II. 1. *S. p. A° A° ius esse aedes suas altius tollere inuito N° N°,*[1] *quanti* et rel.

2. *S. p. N° N° ius non esse aedes suas altius tollere inuito A° A°,*[2] *quanti* et rel.

III. *S. p. A° A° ius esse cogere Nm Nm, ut Ai Ai onera sustineat et parietem reficiat ad onera ea sustinenda,*[3] *quanti* et rel.

IV. 1. *S. p. A° A° ius esse in parietem illius aedificii tigna immittere,*[4] *quanti* et rel.

2. *S. p. N° N° ius non esse in pariete illius aedificii tigna immissa habere*[5] *inuito A° A°,*[6] *quanti* et rel.

V. 1. *S. p. A° A° ius esse stillicidium (flumen) in tectum illius aedificii (aream illam) immittere,*[7] *quanti* et rel.

2. *S. p. N° N° ius non esse stillicidium (flumen) in tectum illius aedificii (aream illam) immittere inuito A° A°, quanti* et rel.

§ 74. *DE MODO AGRI*

Ulp. 18,[8] Paul. 21,[9] Iulian. 7.[10]

Paul. sent. II, 17 § 4:[11]

Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta conuenitur.

Daß die uralte zivile actio de modo agri an dieser Stelle des Edikts stand (was früher übersehen worden), folgt überzeugend aus Inhalt und Inskription der n. 8–10 zitierten Stellen.[12] Vermutungen über ihre Formel aufzustellen, würde natürlich müßige Arbeit sein.

[1] Ulp. 17 h. t. 4 § 7. Vgl. noch fr. Vat. 53, (44. 2) 26, (39. 1) 15, (8. 4) 17. Jhering, a. a. O., Schmidt, a. a. O. 295.

[2] Ulp. 17 h. t. 4 § 8, Afric. (39. 1) 15. Ita aedificatum habere: Ulp. 17 h. t. 6 pr., Paul. 21 h. t. 9 pr., vgl. (8. 4) 17, (39. 2) 45.

[3] Ulp. 17 h. t. 6 § 2, 8 § 2. Zweifelhaft, ob onera „ferat" oder „sustineat" (vgl. auch I. 2, 3 § 1). Die negatoria scheint nach der Ausdrucksweise Ulpians in fr. 8 pr. i. f. h. t. nicht proponiert gewesen zu sein.

[4] Ulp. 17 h. t. 8 § 1 f. Kein inuito N° N°: H. Pernice, l. c. 159. S. aber auch Schmidt, a. a. O. 296 ff. Zweifelhaft.

[5] Arg. Ulp. 17 h. t. 8 § 3, Alfen. h. t. 17 pr. Schott, a. a. O. 61, setzt auch eine confessoria auf ius esse immissa habere und eine negatoria auf ius non esse immittere in das Album. Dem scheint mir Ulpians Kommentar entgegenzustehen.

[6] Schmidt, a. a. O. 296. Anders Rudorff, EP § 66 n. 19, s. aber h. t. 17 pr.

[7] Paul. 21 h. t. 9 pr., Ulp. 53 (39. 3) 1 § 17, Iulian. 7 h. t. 16 (itp.?). Gai. 7 (8. 2) 2 hat, statt des gewöhnlichen immittere „auertere".

[8] (19. 1) 34, (21. 2) 14.

[9] (18. 1) 51.

[10] (19. 1) 22, not. (18. 6) 11.

[11] In Paul. I, 19 § 1 halte ich, mit Krüger und Conrat, westgot. Paulus 8 n. 19 ad h. l., die Erwähnung unserer actio für interpoliert, vgl. SZ 3, 191 n. 52. Wenn Karlowa, RG II, 576 dagegen einwendet, Paul. I, 19 § 1 stehe ja gerade an der Stelle des Systems, wo die actio de modo agri hingehöre, so ist dies ein Irrtum: die Stelle findet sich bei Paulus erst hinter den Teilungsklagen, an dem Ort, wo wir im System die actio depensi (s. unten §§ 83–88) vermuten müssen.

[12] Vgl. Lenel, SZ 3, 190 f. Unterstützend treten noch Papin. 7 quaest. (21. 2) 64 und Paul. 2 quaest. (19. 1) 42 hinzu, vgl. Papin. nr. 133, Paul. nr. 1289. Auch hier wird de modo agri an der gleichen Stelle des Systems gehandelt.

Hervorzuheben ist, daß die Kommentare keinerlei Spuren davon aufweisen, daß außer der actio de modo agri an dieser Stelle des Edikts noch andere altzivile Deliktsklagen proponiert gewesen wären. Die auctoritas wird uns erst bei den Stipulationen begegnen. Von der actio de arboribus succisis[1] und de uia recepta[2] wage ich nicht einmal mit Bestimmtheit zu sagen, daß Formeln für sie im Edikt standen. Von letzterer findet sich in den Kommentaren überhaupt keine Spur, von ersterer nur solche, die den Kommentaren zu andern Rechtsmitteln teils nachweislich angehören, teils mindestens angehören können.[3]

§ 75. SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICETUR.[4]

Ulp. 18,[5] Paul. 22,[6] Gai. 7.[7]

Diese Formel kann im wesentlichen sicher folgendermaßen rekonstruiert werden:

> *S. P. QUADRUPEDEM*[8] PAUPERIEM FECISSE[9] *QUA DE RE AGITUR,* QUAM OB REM *Nm Nm Ao Ao* AUT NOXIAM SARCIRE AUT IN NOXAM DEDERE OPORTET,[10] *QUANTI EA RES EST, TANTAM PECUNIAM AUT IN NOXAM DEDERE IUDEX Nm Nm Ao Ao C. S. N. P. A.*

Die vorstehende Formel unterscheidet sich in einem Hauptpunkt von der durch Rudorff (EP § 67) vorgeschlagenen. R. konzipiert in factum: ich konzipiere mit Voigt[11] in ius, und in der intentio, nicht bloß in der condemnatio, figuriert das Recht zur noxae deditio. Da ich diese Formulierung bei allen zivilen Noxalklagen für geboten ansehe, und da dieselbe hergebrachten Meinungen entgegengesetzt ist, so muß ich etwas näher auf die Frage eingehen.

Zunächst, daß eine uralte Zivilklage eine intentio iuris ciuilis hatte,

[1] Vgl. über diese unten § 139.

[2] Paul. (43. 11) 3 pr.

[3] So wird namentlich Paul. 22 (47. 7) 11 dem Kommentar zur actio legis Aquiliae zuzuweisen sein.

[4] D. (9. 1), I. (4. 9), cf. Rubr. coll. leg. Mos. VII, 3: Ulp. 18 ad edict. sub titulo si quadrupes pauperiem dederit.

[5] h. t. 1, (11. 1) 7, (50. 17) 130 cf. § 1 I. h. t.; (44. 7) 60 = (50. 17) 130, fälschlich Ulp. 17 inskribiert.

[6] h. t. 2, 4.

[7] h. t. 3.

[8] Ulp. 18 h. t. 1 § 2. Daher quadrupedaria actio bei den Byzantinern, so vielfach in den Scholien in Basil. LX, 2. De cane: h. t. 1 § 5, cf. Paul. I, 15 § 1: quod etiam lege Pesolania (?) de cane cauetur. Bei bipedes utilis actio (quam ob rem, si quadrupes fecisset, etc.): h. t. 4.

[9] Ulp. 18 h. t. 1 § 3-11. Fr. 1 § 3: Ait praetor „pauperiem fecisse" („ait praetor" ist interpoliert: unsere actio beruht nicht auf Edikt: das Folgende gehört der Formel an). Paul. ex Festo s. v. pauperies. Caper de orthogr. (Keil, corp. grammat. VII, 99): pauperies damnum est.

[10] Ulp. 18 h. t. 1 § 11 i. f. Hinsichtlich der actiones interrogatoriae — Ulp. 18 (11. 1) 7 — ist auf das oben S. 159 ff. Ausgeführte zu verweisen.

[11] Ius natur. III, 798; über den Bedeutungswechsel, Abh. d. sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. VI, 132. Vgl. übrigens auch Karlowa, CP 121 f. Was dieser Schriftsteller neuerdings RG II, 1171 gegen die im Text vorgeschlagene Formulierung einwendet, scheint mir in keiner Weise überzeugend.

wird wohl allerseits als wahrscheinlich zugegeben werden.[1] Hatte sie diese aber, wie kann darin die auf den zwölf Tafeln beruhende facultas noxae dedendi gefehlt haben? Ulpian berichtet in fr. 1 pr. h. t.:

> Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex uoluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri.

Ist dieser Bericht zuverlässig, so wäre eine intentio „quam ob rem N^m N^m noxiam sarcire oportet" geradezu als plus petitio zu charakterisieren gewesen; denn wenn die 12 Tafeln sagten „aut noxiam sarcire aut in noxam dedito", so ist die Behauptung „N^m N^m noxiam sarcire oportet" einfach unwahr. Wie man sich dieser Erwägung gegenüber darauf berufen mag, daß nach Auffassung der klassischen Juristen die noxae deditio nur in solutione, nicht in obligatione sei, ist mir nicht begreiflich. Ist denn jene Auffassung, wenn sie wirklich diejenige der römischen Juristen war (was trotz fr. 6 § 1 de re iud. nur mit Einschränkungen zugegeben werden kann), ist denn jene Auffassung nicht in der Wissenschaft entstanden, und setzt etwa die intentio, wie ich sie fasse, einer wissenschaftlichen Interpretation dieser Art unübersteigliche Hindernisse in den Weg? ist sie nicht vielmehr mit ihr vollkommen vereinbar? und glaubt man etwa, daß sich auch schon die Verfasser der 12 Tafeln und der darauf gebauten Legisaktionen über derartige Subtilitäten Kopfzerbrechens gemacht haben? „Der Herr des Tiers muß Schadenersatz leisten oder noxae dedieren": ich weiß nicht, wie der legislative Gedanke klarer und treffender, ich weiß überhaupt nicht, wie er anders auszudrücken war.[2] Man hätte das wohl auch längst eingesehen, wenn man nicht durch das Beispiel der prätorischen Noxalklagen irregeführt worden wäre,[3] wo natürlich eine Erwähnung der noxae deditio in der intentio sowenig möglich war, wie eine solche der litis aestimatio. Für unsere actio de pauperie ist nun aber — und wunderbar genug, daß dies bis auf Voigt übersehen worden, — die alternative intentio sogar wortgetreu in fr. 1 § 11 h. t. überliefert:

> Cum arietes uel boues commisissent et alter alterum occidit, Q. Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non prouocauerat, competeret actio: quam ob rem eum sibi aut noxiam[4] sarcire aut in noxam dedere oportere.

[1] Vgl. auch (9. 4) 42 § 1: absolui debet, quia desiit uerum esse propter eum [dare] oportere. Dazu unten § 128 a. E.

[2] S. auch den Gaius Augustodun. IV, 81: tenetur dominus, ut aut damnum sustineat aut in noxam t[*radat*] animal. Dagegen darf das alternative „obligatum eius rei noxsiaeue esse" der l. Rubr. c. 22 nicht auf unsere Alternative bezogen werden. Vgl. (gegen Girard, NRH 1887, 446) Kipp, SZ 10, 402, Lenel, SZ 47, 26.

[3] So beruft sich noch K. Sell, aus dem Noxalrecht der Römer (1879) 158, gegen die Annahme, daß der noxae datio in der intentio Erwähnung geschehen sei, mit größter Unbefangenheit auf das Edikt de effusis.

[4] *Flor.* noxam, cf. aber fr. 1 pr. § 1 h. t.: noxia autem est ipsum delictum.

Daß die hervorgehobenen Worte Formelzitat sind und das unmögliche „eum sibi“ auf Rechnung der Kompilatoren zu schreiben ist, die auf solche Weise das ursprünglich vorhandene „N^m N^m A^o A^o“ zu ersetzen versucht haben mögen, — dies, meine ich, sollte, einmal bemerkt, gar keines Beweises mehr bedürfen.[1] Ich glaube aber noch weitergehen zu müssen: die Worte sind nicht nur Formelzitat, sondern sie sind sogar das Formelzitat, welches Ulpian, um den Gegenstand des Folgenden zu bezeichnen, an die Spitze des auf die intentio bezüglichen Teils seines Kommentars stellte; sie gehörten ursprünglich nicht an den Schluß des § 11, sondern an die Spitze der §§ 12–16. Dies ergibt sich mit Bestimmtheit aus der Betrachtung des Kommentars. In fr. 1 § 2–11 h. t. bespricht Ulpian die Formelworte „s. p. quadrupedem (§ 2) pauperiem fecisse (§ 3–11)“, den Tatbestand, den unsere actio voraussetzt, ohne sich auf Natur und Gegenstand der aus diesem Tatbestand hervorgehenden Haftung irgendwie einzulassen. Was für einen Sinn sollte es nun haben, wenn am Schlusse des § 11, der lediglich ein weiteres Beispiel zu den übrigen fügte, gesagt wurde, in diesem Falle stehe eine actio „quam ob rem aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportere“ zu? War vorher etwa von einer andern actio die Rede? oder gab der Fall des § 11 besondern Anlaß zur Anführung der intentio? Nun prüfe man umgekehrt die auf jenes Zitat unmittelbar folgenden Paragraphen auf ihr Verhältnis zur intentio. § 12 stellt den Grundsatz auf: cum noxa caput sequitur, aduersus dominum haec actio datur. Das fügt sich trefflich zu dem „quam ob rem N^m N^m ... oportet“: das oportere für N^s N^s beruht auf seinem Eigentum am Tier, und ebendeshalb war in der Formel eine besondere Hervorhebung, daß Beklagter Eigentümer des Tiers sein müsse, überflüssig: obligiert ist er ja nur, wenn er Eigentümer ist. § 13 stellt fest, daß Tod des Tiers vor der Litiskontestation die actio zum Erlöschen bringe: dies gehört in den gleichen Zusammenhang. § 14 bestimmt den Begriff noxae dedere. § 15 handelt von einem Fall, wo ausnahmsweise, trotz des nach dem Gesetz alternativen oportere, dennoch iure praetorio (wegen lügenhafter responsio in iure) die Haftung in solidum geht. § 16 bespricht die Folgen des Tods des Tiers post litem contestatam. Es leuchtet ein, wie leicht und natürlich all dies sich unter unsere intentio einordnet. Nach alledem kann ich mich des Gedankens nicht erwehren, daß den Kompilatoren mit der Aufnahme jenes Formelzitats ein Versehen begegnet ist, indem sie das, was bei Ulpian Überschrift eines Kommentarabschnitts war, irrig in den Kontext einer speziellen Erörterung zogen.[2] —

Als Gegenstand der noxae deditio wird in der Formel ein bestimmtes Tier bezeichnet gewesen, und ebendeshalb diese Bezeichnung von den Kompilatoren gestrichen worden sein.

[1] Gleichwohl bestritten durch Biondi, a^{es} nox. 14. Gegen ihn meine Abh. SZ 47, 8 f.

[2] Noch eines. Fr. 1 § 12 fängt die neue Erörterung mit einem ganz unmotivierten und kaum erträglichen et an. Sollten die Kompilatoren in ihrer Vorlage ōet gefunden und diese für oportet nicht gewöhnliche Abkürzung — gewöhnlich steht ō schlechtweg oder ōtet — fälschlich „oportere et“ aufgelöst haben?

§ 76. *DE PASTU PECORIS*[1]

Ulp. 18.[2]

Daß die den zwölf Tafeln entstammende actio de pastu pecoris noch in klassischer Zeit Anwendung fand, beweist Ulp. 41 ad Sab. (19. 5) 14 § 3:

> . . . neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, . . . agi posse.

Vgl. auch (9. 2) 39 § 1 v. „habet proprias actiones".

Hierher gehört sehr wahrscheinlich Ulp. 18 (50. 16) 31:

> Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus est . . .

Sehr bestritten ist, ob diese actio Noxalcharakter hatte oder eine gewöhnliche actio poenalis wider den war, qui immisso pecore depauerit.[3] Ich selbst habe mich in EP¹ und EP² für die erstere Meinung ausgesprochen, bestimmt durch Paul. sent. I, 15 § 1:

> Si quadrupes pauperiem fecerit damnumue dederit quidue depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

Allein die Sentenzen genießen heute nicht mehr das unbedingte Ansehen wie früher. Wer, wie ich, der Meinung folgt, die in ihnen kein Originalwerk des Paulus, sondern ein mit zahlreichen Glossemen und Interpolationen durchsetztes nachklassisches Exzerpt aus seinen Schriften erblickt, wird auch der obigen Stelle gegenüber Vorsicht walten lassen. Der echte Paulus kann nicht geschrieben haben „pauperiem fecerit damnumue dederit"; denn beides ist dasselbe. Ist aber damnumue dederit eingeschoben, so wird auch das Anhängsel „quidue(?) depasta sit" verdächtig,[4] und so gewinnt die Auffassung Boden, die auch in der Rechtsvergleichung Anhalt findet, daß es sich bei unserer actio um eine actio ex delicto handelt, als deren Tatbestand man sich etwa ein „alienum pratum immisso pecore[5] depauisse" denken könnte. Sicherheit ist hier nicht zu erreichen. Kein Gegengrund liegt darin, daß nach C. (3. 35) 6 zur Zeit Diokletians wegen per iniuriam depasta nicht actio de pastu, sondern utilis actio legis Aquiliae eingeräumt wurde.[6]

§ 77. AD LEGEM AQUILIAM[7]

Ulp. 18,[8] Paul. 22,[9] Gai. 7,[10] Iulian. 86.[11]

[1] Vgl. über diese actio die sorgfältige Abh. von Fliniaux, mél. Cornil (1926) I, 247 ff.

[2] (50. 16) 31.

[3] Vgl. die Anführungen bei Fliniaux 252 ff., denen noch Wenger, krit. Vjschr. 54, 64 beizufügen wäre.

[4] Vgl. Fliniaux 268 f.

[5] Wegen dieser Worte vgl. Fliniaux 287.

[6] Anders EP² 193².

[7] D. (9. 2), C. (3. 35), I. (4. 3).

[8] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 35, (2. 1) 12 cf. h. t. 29 § 7, (47. 10) 25, (47. 12) 2, (48. 8) 10; (9. 4) 2, 6, 14; coll. leg. Mos. II, 4, VII, 3, XII, 7.

[9] h. t. 6, 10, 14, 22, 24, 26, 30; (9. 4) 10, 17, 19 pr. § 1, (50. 17) 131, (11. 1) 8, (13. 6) 22, (19. 2) 45, (44. 7) 41, (47. 7) 11, (47. 8) 1.

[10] h. t. 2, 4, 8, 32, (50. 17) 132, (9. 4) 20.

[11] h. t. 47, 51, cit. (9. 4) 2 § 1, (19. 2) 13 § 4. Julian behandelt die lex Aquilia unter den leges. Vgl. S. 9.

Die unter der Rubrik ad legem Aquiliam proponierten Formeln zerfielen in zwei Kategorien: die ex capite primo und die ex capite tertio. Denn die actio aus dem zweiten Kapitel, das nach Ulpians Zeugnis — h. t. 27 § 4 — in desuetudinem abiit, nach dem des Gaius (III, 216) zu dessen Zeit schon für ein Superfluum galt, hat wohl schwerlich einen Platz im Hadrianischen Edikt gefunden.

I. Der Formeln ex primo capite waren es, wie sich aus Ulpians Kommentar ergibt, vier. Nachdem nämlich Ulpian den Wortlaut des ersten Kapitels ausführlich erörtert hat,[1] folgt nach einigen Bemerkungen allgemeiner Natur (Vererblichkeit, Verhältnis zur lex Cornelia)[2] in fr. 23 § 10 h. t. die Bemerkung:

> Haec actio aduersus confitentem competit in simplum, aduersus negantem in duplum.[3]

Offenbar geht hier der Kommentar zu den Formeln über. Speziell von der confessoria ist dann die Rede in fr. 23 § 11, 25 h. t. Sie war zweifellos die erste unter den proponierten Aktionen, und auf diese Weise erklärt sich, daß wir in der collatio II, 4 und XII, 7 Stellen aus Ulpians Kommentar, die sich auf das dritte Kapitel der lex Aquilia beziehen, unter der Inskription „Ulpianus lib. XVIII ad edictum sub titulo: si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum[4] . . .“ begegnen. Nunmehr sollte man eine Anmerkung auch über die actio aduersus infitiantem erwarten: sie fehlt, gewiß durch die Kompilatoren gestrichen. Statt dessen finden wir in fr. 27 pr. bis § 3, d. h. noch ehe Ulpian auf den weitern Inhalt der lex eingeht, zwei weitere Aktionen in Kürze besprochen: die actio in solidum aduersus dominum, si seruus s c i e n t e domino occiderit,[5] und die actio noxalis, si seruus i n s c i e n t e domino occiderit. Kein Zweifel, daß auch Ulp. 18 (9. 4) 2 ursprünglich an diesem Orte stand — die Stelle handelt durchaus von jenen beiden Aktionen —, und wahrscheinlich gehören auch Ulp. 18 eod. 6, 14 hierher:[6] doch geben diese Stellen den besondern Fall „si seruus occiderit“ nicht an, und so könnten sie auch zum dritten Kapitel zu ziehen sein.

Was nun die Fassung unserer vier Formeln angeht, so fehlt uns leider

[1] I n i u r i a: h. t. 3, 5, 7 pr., coll. VII, 3. O c c i s u m: h. t. 7 § 1-ult., 9, 11 pr.-§ 5 E r o: h. t. 11 § 6-ult., 13, 15, 17, 19, 35. Q u a n t i etc.: h. t. 21, 23 pr.-§ 7 h. t.

[2] h. t. 23 § 8. 9.

[3] Vgl. Gai. 7 h. t. 2 § 1, Paul. sent. I, 19 § 1.

[4] Die Handschriften der coll. fügen hinter in simplum noch hinzu: et cum (*al.* eum) diceret (*al.* dicere, doceret, docere). Diese rätselhaften Worte dürfen nicht mit H u s c h k e (ZgeschRW 13, 32) in „ut condiceret“ verwandelt werden; denn die actio legis Aquiliae war keine condictio (vgl. gegen H u s c h k e auch meine Bemerkungen SZ 8, 196). Mein eigener Emendationsversuch a. a. O. „in simplum e k(apite) I iudic(ium)“ muß zur Erklärung der überlieferten Lesart vielleicht zu komplizierte Voraussetzungen machen. Unbefriedigend ist m. E. auch die Erklärung M o m m s e n s in seiner Ausg. der coll. zu II, 4.

[5] Die Ansicht B i o n d i s a^es nox. 341, die Haftung des dominus sciens in solidum beruhe nicht auf dem Gesetz, sondern auf der interpretatio prudentium, ist m. E. mit der Darstellung Ulpians in (9. 4) 2 schlechterdings unvereinbar; in l e g e A q u i l i a dominus suo nomine tenetur! utriusque l e g i s reddit rationem!

[6] Vgl. ferner Paul. 22 eod. 10, 17, (50. 17) 131, Gai. 7 (9. 4) 20, auch Paul. 10 ad Sab. h. t. 45 pr., Ulp. 42 ad Sab. h. t. 44 § 1.

jede speziellere Andeutung darüber, und die bisherigen Rekonstruktionsversuche können, wie Pernice[1] mit Recht bemerkt, nur abschrecken. Ganz unmöglich sind C. Sells und Savignys Rekonstruktionen.[2] Huschke konzipierte zuerst[3] auf „quantam pecuniam dare oportet", später[4] auf „s. p. N^m N^m sestertium decem milia nummum quantiue minoris id in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam A^o A^o dare oportere". Rudorff hat seine Meinung ebenfalls geändert: in der ZgeschRW 14, 381ff. stimmt er Huschkes erstem Vorschlag zu; in der RG II, § 108 n. 8 u. 9 und im EP § 69 konzipiert er in factum. Voigt[5] nimmt eine condictio incerti auf quidquid paret dare facere oportere an, was doch, da in der lex Aquilia nur von „aes dare", nicht von facere die Rede ist, augenscheinlich nicht angeht. Karlowa schlug früher[6] für die actio aduersus infitiantem vor: Quod N^s N^s . . . occidit, si paret N^m N^m ob eam rem, quanti is seruus . . . fuit, tantum aes dare A^o A^o lege (Aquilia) damnatum esse, tantam pecuniam et alteram tantam *et rel.* Diese Fassung ist jedenfalls insofern nicht glücklich, als hinter einem „quod N^s N^s iniuria occidit" nicht ein „si paret ob eam rem . . . damnatum esse" stehen kann: das ob eam rem damnatum esse steht für den Fall des Beweises der demonstratio fest,[7] kann also nicht erst noch von einem si paret abhängig gemacht werden. Späterhin (RG II, 804) ist K. denn auch von seiner Ansicht abgekommen. Er denkt sich jetzt die confessoria etwa so: S. p. Stichum A^i A^i seruum, quem N^s N^s se occidisse fassus est, iniuria occisum esse, quam ob rem, quanti is Stichus in eo anno plurimi fuit, t. p. N^m N^m A^o A^o dare oportet *etc.* Und bei der actio aduersus infitiantem nimmt er die Verdoppelung nicht bloß in die condemnatio, sondern auch in die intentio auf. Diese Formulierungen sind indes nicht haltbarer als die früheren. Das Geständnis mußte, um wirksam zu sein, nicht auf „occidisse", sondern auf „iniuria se occidisse" gehen (vgl. die angef. Rubriken der Collatio): was soll dann aber noch das „si paret iniuria occisum esse" der angeblichen confessoria actio? Das Leugnen hinwiederum hatte nach allem, was wir wissen, ein crescere nur der actio, nicht der obligatio zur Folge.

Fragt man nun, was sich über die Fassung der Formeln mit Sicherheit feststellen läßt, so ist dies, was Rudorffs neuere Vorschläge verkennen: sämtliche Formeln[8] waren zweifellos in ius konzipiert. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist es verständlich, daß es, um die actio legis Aquiliae für und gegen Peregrinen verwendbar zu machen, einer fictio

[1] z. L. v. d. Sachbeschäd. (1867) 109.

[2] Sell in seinen Jahrbb. 2, 198, Savigny, System V, 571. Vgl. gegen beide: Rudorff, ZgeschRW 14, 379ff. Savigny ähnlich: Bethmann-Hollweg, CP II, 301ff., siehe auch Hefke, Taxatio (1879) 93.

[3] ZgeschRW 13, 32.

[4] Gaius 113. Vgl. dagegen die treffende Bemerkung Karlowas, CP 199[1].

[5] Ius natur. IV, 405.

[6] CP 199.

[7] Beim quidquid paret oportere hat der Judex erst noch den Inhalt des Anspruchs zu ermitteln, hier nicht.

[8] Auch die confessoria. Kein Gegenbeweis liegt in Ulp. 18 h. t. 25 § 2. Diese Stelle verträgt sich mit jeder Fassung, die den Geschworenen der Notwendigkeit des iudicare enthebt.

ciuitatis bedurfte, was uns Gai. IV, 37 i. f. ausdrücklich berichtet. Alles weitere ist zweifelhaft. Keine Gewißheit ist insbesondere darüber zu gewinnen, ob die Formel, was sich vielleicht aus praktischen Gründen empfohlen hätte, die eigentümliche Ästimationsvorschrift des Gesetzes zum Ausdruck brachte, oder ob sie bloß, wie Voigt annimmt und mir wahrscheinlicher dünkt, stillschweigend durch ihr oportere oder vielleicht auch ausdrücklich durch ein oportere ex lege Aquilia darauf verwies. Im ersten Fall könnte die Formel etwa so gelautet haben:

> *S. p. Nm Nm illum seruum*[1] *iniuria occidisse,*[2] *quam ob rem, quanti is seruus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao dare oportet,*[3] *tantam pecuniam duplam iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*

Im zweiten etwa so:

> *S. p. . . . occidisse, quantam pecuniam ob eam rem Nm Nm Ao Ao d. o.* et rel.

Für die confessoria vermutete ich in EP¹ und EP² eine demonstratio etwa folgenden Wortlauts:

> *Quod ille seruus occisus est, quem Ns Ns iniuria se occidisse fassus est,*

oder vielleicht auch nur, da ja das fateri hier der Gewährung der actio unmittelbar vorherging, apud iudicem also nicht mehr bewiesen zu werden brauchte:

> *Quod ille seruus iniuria occisus est . . .,*

woran sich eine unpersönlich gefaßte intentio „quam ob rem . . . dari oportet« angeschlossen haben müßte. Bestimmend für diese Vermutung war mir der Umstand, daß nach h. t. 23 § 11 trotz des Geständnisses Aquilia cessat, wenn der angeblich getötete Sklave in Wirklichkeit noch lebt; die konfessorische Formel enthebe, heißt es da weiter, im übrigen nur von dem Beweis, daß der Geständige der Täter sei: ceterum occisum esse hominem a quocumque oportet. Allein diese Grundlage meiner Rekonstruktion ist brüchig, weil die angeführten Worte (wie auch die unmittelbar vorhergehenden) allem Anschein nach interpoliert sind,[4] und ich halte es heute für wenig wahrscheinlich, daß man bei der Fassung der Formel auf einen so seltenen Fall wie diesen überhaupt Rücksicht genommen hätte. Unhaltbar

[1] Als Eigentum des Klägers brauchte der Sklave nicht bezeichnet zu werden, da das oportere ja schon nach dem Gesetz nur zutraf, wenn Kläger Eigentümer war. Dies gegen Karlowa, RG II, 1336.

[2] Huschke hat bei seinem ersten Vorschlag die demonstratio: quod Ns Ns . . . iniuria se occidisse infitiatus est. Das ist sicher unrichtig: nicht an das infitiari hat das Gesetz sein dare damnas esto angeknüpft, sondern an das occidisse; das infitiari ist Bedingung nicht des dari, sondern des in duplum condemnari oportere.

[3] Das alte damnas esto setzt sich in der klassischen Formelsprache in dare oportet um. Beweis: die actio aus dem legatum per damnationem. Gai. II, 204.

[4] Beseler III, 138. Nicht möglich scheint mir die Deutung der Stelle bei Püschel, conf. pro iud. est (1924) 198.

ist nicht minder der Vorschlag von Arangio-Ruiz.[1] Er stellt die demonstratio glattweg auf Tötung durch N^s N^s ab und knüpft daran die in ius konzipierte intentio, gleich als ob die confessio einfach die etwaige Unwahrheit wahr zu machen imstande wäre. Mir scheint heute folgende Vermutung das meiste für sich zu haben. N^s N^s hat zugestanden, den Sklaven iniuria getötet zu haben; also trifft ihn die Haftung als Täter, wer in Wirklichkeit auch der Täter sei. Dem entspräche folgende Formulierung:

> Quantam pecuniam eum qui Stichum seruum iniuria occidit A^o A^o dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex N^m N^m A^o A^o condemnato.[2]

Man wird einwenden, der wirkliche Täter könne ja auch ein Peregrine oder ein Sklave gewesen sein, der dem gesetzlichen oportere nicht unterlag; ich halte aber die Annahme nicht für zu kühn, daß man diese nach dem Geständnis des N^s N^s sehr fernliegenden Möglichkeiten im Wege der Interpretation ausschaltete.[3] War N^s N^s freilich selbst ein Peregrine, so wurde die Fiktion der Zivität eingeschaltet.

Die actio si seruus sciente domino occiderit mußte natürlich diesen Tatbestand statt des „s. p. N^m N^m . . . occidisse" zum Ausdruck bringen.

Die Noxalklage hinwiederum wäre auf „*s. p. Stichum seruum* (insciente domino?)[4] *illum seruum iniuria occidisse*" zu stellen und in der intentio[5] und condemnatio das „aut noxae dedere" beizufügen.[6]

All dies nur als mögliche, wenngleich unbeglaubigte Hypothesen. Wenig wahrscheinlich ist mir die Annahme, daß unsere Formel eine fictio legis actionis per manus iniectionem enthalten habe. Einzige Stütze dieser Annahme ist die Tatsache der Litiskreszenz;[7] allein weder ist der Zusammenhang der Litiskreszenz mit jener legis actio vollkommen gesichert, noch will einleuchten, daß man zu so einfachem Zweck, wie es die Verdoppelung der aestimatio war, den Apparat der Fiktion ins Werk gesetzt haben sollte.

Gar kein Gewicht ist auf die Notiz in fr. 9 § 1 (12. 1) zu legen, die aus der lex Aquilia die „certi condictio" erwachsen läßt.[8] Nicht bloß deshalb, weil mit der Unterstellung einer certi condictio ex lege Aquilia die Tatsache der Litiskreszenz in unvereinbarem Widerspruch stände, sondern vor allem, weil der ganze Passus, dem die Notiz angehört, durch Interpolationen dermaßen byzantinisiert ist, daß er als historisches Zeugnis für klassisches Recht überhaupt nicht in Betracht kommen kann.[9]

[1] Formule con demonstratio (1912) 41 ff.

[2] Die Absolutionsklausel wird hier weggefallen sein. Arangio-Ruiz, a. a. O. 42.

[3] Denkbar wäre auch ein an das oportet angefügtes aut, si liber et ciuis Romanus esset, oporteret.

[4] Diese Worte scheinen mir als Klagbedingung unpassend; auch spricht die Erörterung in (9. 4) 2 § 1 sehr entschieden gegen ihre Formelmäßigkeit.

[5] Vgl. § 75.

[6] A. M. Biondi, gemäß seiner Auffassung der actiones noxales. Gegen ihn meine Ausführung SZ 47, 17 ff.

[7] Vgl. Baron, die Condictionen 215 f.

[8] Vereinigungsversuche bei Keller, CP bei n. 1107, Savigny, System V, 586, Rudorff, ZgeschRW 14, 383 ff., Voigt, ius nat. IV, 404, sämtlich nicht haltbar.

[9] S. unten § 95.

Die actiones utiles, die sich an dieses erste Kapitel anschließen, sind doppelter Art. Actio utilis wird nämlich einmal dann gewährt, wenn dem Beklagten nicht ein occidere nach römischer Auffassung,[1] wohl aber ein causam mortis praestare vorzuwerfen war;[2] diese Gattung von actiones utiles kann selbstverständlich nicht anders als in factum konzipiert gewesen sein. Die zweite Kategorie von actiones utiles geht hervor aus der Ausdehnung der aktiven und passiven Sachlegitimation;[3] für diese sind zum Teil fiktizische Formeln, gleich der für und gegen den peregrinus bezeugten, denkbar, wie z. B. für die Klage des bonae fidei possessor des getöteten Sklaven[4] und die desjenigen, der an demselben ein Pfandrecht hatte,[5] vielleicht auch für die des Usufruktuars,[6] wo mir aber conceptio in factum wahrscheinlicher ist, weil man hier an der durch die Fiktion gegebenen Höhe des Schadenersatzes Anstoß genommen haben würde. Die actio confessoria utilis endlich wider den geständigen Prokurator, Tutor, Kurator usw. — h. t. 25 § 1 — wird wohl nur die gewöhnliche Personenumstellung enthalten haben.[7] Zu warnen ist m. E. im ganzen Gebiet der actiones utiles vor dem Gedanken, als könnten aus der Art und Weise, wie die Quellen dieselben bezeichnen — ob als actio utilis oder als actio in factum —, Schlüsse auf die Konzeption der Formel gezogen werden. Es kann vielmehr keinem Zweifel unterliegen, daß die Juristen beide genannten Ausdrücke promiscue gebrauchen. Actio in factum ist nicht etwa actio in factum concepta, sondern einfach die mit Rücksicht auf den konkreten Tatbestand gebildete im Gegensatz zu der formula uulgaris des Edikts, mag im übrigen die Fassung sein wie sie will, und actio utilis ist die ad exemplum legis Aquiliae gewährte, einerlei ob in factum oder fiktizisch oder mit Personenumstellung konzipiert.[8] Über den anscheinend widersprechenden § 16 I. h. t. s. unten.

II. Die Anzahl der Aktionen ex capite tertio war ohne Zweifel dieselbe wie die derjenigen ex capite primo, obwohl Ulpians Kommentar, dessen erhaltene Fragmente sich nur mit der Interpretation des Gesetzes beschäftigen,[9] uns hier im Stiche läßt. Das infitiando in duplum crescere

[1] Pernice, a. a. O. 148 f.

[2] Vgl. z. B. h. t. 7 § 3. 6, 9 pr. § 2. 3, 11 § 1. 5.

[3] Die Stellen, die die Ausdehnung der aktiven Sachlegitimation bezeugen, sind zum Teil nicht frei von Interpolationsverdacht, vgl. einerseits de Medio, st. Scialoja I, 29 ff., andrerseits Debray, NRH 1909, 660. Für unsere Zwecke kann die Frage dahingestellt bleiben.

[4] h. t. 11 § 8, 17.

[5] h. t. 17, 30 § 1 (mit Taxation usque ad modum debiti).

[6] h. t. 11 § 10, 12.

[7] Pernice, a. a. O. 159, nimmt fiktizische Formel an.

[8] Man vgl. z. B. (47. 8) 2 § 20 mit h. t. 9 § 2, (47. 2) 51 mit h. t. 53, h. t. 30 § 1 mit h. t. 11 § 8, 17. Pernice, a. a. O. 157 ff., geht von der m. E. nicht haltbaren Annahme aus, daß actio ficticia und actio in factum Gegensätze seien. Eine actio ficticia, die mit Rücksicht auf den konkreten Tatbestand formuliert wird, ist dadurch auch actio in factum. Im übrigen braucht auf die über den Begriff der actio in factum bestehende Kontroverse (v. Pokrowsky, SZ 16, 7 ff., Erman, SZ 19, 261 ff.) hier nicht eingegangen zu werden.

[9] Zitat und Übersicht: fr. 27 § 5. 6. Usserit: fr. 27 § 7–12; coll. XII, 7. Ruperit: fr. 27 § 13–24; coll. II, 4. Damnum faxit iniuria:

ist von der actio legis Aquiliae überhaupt bezeugt.[1] Von den Delikten der Sklaven aber in Beziehung auf das dritte Kapitel handelt Paul. 22 (9. 4) 19 pr. § 1, und zwar in Anlehnung an Worte des Gesetzes oder der Formel.[2] Hinsichtlich der Konzeption der Formeln beschränke ich mich hier darauf, auf das zum ersten Kapitel Ausgeführte zu verweisen. Auch die Frage nach der Fassung der actiones utiles dürfte nach den gleichen Gesichtspunkten wie dort zu beantworten sein. Hiernach würde z. B. in den Fällen des fr. 13 pr., 27 § 9. 10. 14. 21. 35, 29 § 5. 7, 49 pr. h. t., fr. 1 § 7 (9. 1), coll. XII, 7, 6 conceptio in factum anzunehmen sein, während im Fall des fr. 27 § 32 h. t. fiktizische Fassung möglich, wiewohl nicht geboten wäre. In mehr als einer dieser Stellen unterliegt aber die zugelassene actio begründetem Interpolationsverdacht.[3] Auch hier muß betont werden, daß aus den Bezeichnungen „actio utilis" und „actio in factum" durchaus keine Schlüsse auf die eine oder andere Konzeptionsweise gezogen werden dürfen. Allerdings scheint der bereits erwähnte § 16 I. h. t., und zwar sowohl für die zum ersten wie für die zum dritten Kapitel gehörigen Fälle analoger Ausdehnung des Gesetzes, geradezu das Gegenteil zu sagen. Nach dieser Stelle soll es darauf ankommen, ob von der durch die Jurisprudenz für die directa aufgestellten Klagvoraussetzung „damnum corpore corpori datum" im konkreten Falle nur das corpore oder auch das corpori nicht zutrifft: ersternfalls trete actio utilis, letzternfalls actio in factum ein. Allein diese Unterscheidung entspricht, wie ein Blick auf die S. 203 n. 8 angeführten Beispiele lehrt, durchaus nicht dem sonstigen Sprachgebrauch der Quellen; wie wenig dieser die beiden Bezeichnungen auseinanderhält, zeigt sich auch darin, daß nach Gai. III, 219 in allen Fällen analoger Ausdehnung des Gesetzes utilis actio, nach Pompon. (19. 5) 11 und Paul. h. t. 33 § 1 umgekehrt überall in factum actio eintreten soll. Die Institutionenstelle erklärt sich durch die historische Entwicklung. Wo damnum corpori datum vorliegt, konnte bei Konzipierung in factum doch immer noch an die gesetzlichen Fälle des dritten Kapitels angeknüpft werden.[4] Wo dagegen jemand einen

fr. 27 § 25-35, 29 pr.-§ 5. Quanti etc.: fr. 29 § 8 h. t. Die Abschnitte sind übrigens hier nicht durchweg ganz sicher festzustellen.

[1] Paul. sent. I, 19 § 1, Gai. III, 216, vgl. C. (3. 35) 4.

[2] Fr. 19 § 1 cit.: Si serui, in quo usufructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit, u e r b a efficiunt, ut cum noxae deditione damnetur. Die Stelle ist mit Sicherheit nicht zu deuten. Zu beachten ist, daß Paulus die uerba als Grund nicht dafür anführt, ut dominus teneatur, sondern nur dafür, ut cum noxae deditione damnetur. Man möchte danach fast glauben, daß die von dem Juristen entschiedene Zweifelsfrage die war, ob der dominus hier sine oder cum noxae deditione hafte, m. a. W., daß es sich hier um die Haftung des dominus sciens handelte. Sollte etwa die lex die persönliche Haftung des dominus sciens dann ausgeschlossen haben, wenn der Sklave in usufructu alieno oder sonst in fremder Gewalt war? Dann konnte man allerdings zweifeln, was Rechtens sei, wenn der Proprietar den Sklaven zurückgemietet hatte. Anders wieder B i o n d i, a^{es} nox. 263[1] und B e s e l e r, SZ 46, 112, der in dem Passus uerba — damnetur eine Glosse ad uerba P a u l i sieht.

[3] Vgl. die Abhandlungen d e M e d i o s (oben S. 203 n. 3) und R o t o n d i s, teorie postclass. etc. (1914) in Scr. giur. II, 411 ff.

[4] z. B. s. p. iniuria N^{i} N^{i} factum esse, ut ureretur.

andern durch bloßes Abhandenbringen einer Sache geschädigt hatte, wurde jede solche Anknüpfung unmöglich und trat daher, außer in der condemnatio, eine Anlehnung an die lex Aquilia in der Formel nirgends hervor. Die a^es^ in factum, die die Klassiker in solchen Fällen gewährten, waren ihnen auch gar keine a^es^ ad exemplum legis Aquiliae. Erst bei den Byzantinern tritt diese letztere Auffassung hervor, und daraus erwuchs die anstößige Antithese in dem Zusatz zu Gai. III, 219, der den Schluß des § 16 I. cit. bildet.[1] Daß in klassischer Zeit ein diesem Fabrikat entsprechender Sprachgebrauch bestanden hätte, ist den Quellenzeugnissen gegenüber einfach nicht denkbar.

§ 78. *IN FACTUM ADUERSUS NAUTAS CAUPONES STABULARIOS*

Ulp. 18,[2] Paul. 22.[3]

Unter den an die Aquilia sich anknüpfenden actiones in factum war allein die in obiger Rubrik angedeutete im Album proponiert, vermutlich deshalb, weil hier über die bloße analoge Ausdehnung des Gesetzes hinausgegangen war und in der Haftung des nauta usw. für das Delikt seiner Leute ein neues Rechtsprinzip zum Durchbruch kam. Ein Edikt ist zu dieser actio nicht überliefert und hat der Stellung der Formel in dem Paulinischen Kommentare nach[4] sehr wahrscheinlich auch nicht existiert.[5] Die wesentlichen Bestandteile der Formel sind aus den Quellen erkennbar; ich stelle sie in Form einer Rekonstruktion zusammen:[6]

> *S. p. in naue (caupona, stabulo), quam (quod) N^s^ N^s^ tum exercebat,*[7] *N^m^ N^m^ eumue,*[8] *quem N^s^ N^s^ eius nauis nauigandae*[9] *(eius cauponae exercendae,*[10] *eius stabuli exercendi) causa ibi tum habuit*[11] *(qui habitandi causa ibi tum fuit),*[12] *A^o^ A^o^ damnum iniuria dedisse, q. d. r. a., quanti ea res in eo anno plurimi (in diebus triginta proximis) fuit,*[13] *tantam pecuniam duplam*[14] *iudex N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ c. s. n. p. a.*

[1] Andere Versuche zur Erklärung des § 16 I. cit. in EP², bei Dernburg, Pand. II, § 131 n. 4, Alibrandi, opere I, 159, Karlowa, RG II, 1337. Entscheidend jetzt Rotondi, a. a. O. 444 ff.

[2] (4. 9) 7.

[3] eod. 6, (9. 4) 19 § 2.

[4] Vgl. oben S. 13.

[5] Daß bei der actio furti aduersus nautas caupones stabularios (s. unten § 136) ein Edikt sich findet, ist kein Gegenbeweis für die im Text aufgestellte Behauptung. Wer sagt, daß beide actiones in factum zu gleicher Zeit eingeführt wurden?

[6] Ganz ähnlich Rudorff, EP § 70; abweichend und sicher unrichtig Keller, Jahrbb. d. gem. Rts. 3, 189 n. 35.

[7] Ulp. 18 (4. 9) 7 pr. § 5. 6 cf. (47. 5) 1 pr. § 3.

[8] Arg. (47. 5) 1 pr. Vgl. unten § 136. Der Täter braucht nicht namhaft gemacht zu werden, arg. (4. 9) 6 § 4 v. „ut certi hominis factum arguamus".

[9] Arg. (47. 5) 1 § 1, (14. 1) 1 § 2.

[10] Arg. eod. 1 § 6.

[11] Arg. (47. 5) 1 pr.

[12] Paul. 22 (4. 9) 6 § 3 cf. (47. 5) 1 § 6.

[13] Paul. 22 (4. 9) 6 § 2: Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem naue uel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet — Gegensatz der prätorischen Taxation der actio de recepto gegen die Aquilische Ästimation —, non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram.

[14] Ulp. 18 (4. 9) 7 § 1.

Actio utilis, si seruus nautae damnum dederit: Ulp. 18 (4. 9) 7 § 3.

Actio de peculio aduersus dominum exercitoris(?): (9. 4) 19 § 2, (47. 2) 42 pr. (beide Stellen itp., Biondi, a^es nox. 143. 146).

Ad exemplum exercitoriae (?): Ulp. 18 (4. 9) 7 § 6 (itp. Biondi, 151 [1]).

Rudorff nimmt die rekonstruierten Formeln der beiden letztern Aktionen in das Album auf, anscheinend dadurch bewogen, daß in fr. 42 pr. cit. de furtis von einer „formula uolgaris" die Rede ist: damit ist aber, wie der Zusammenhang ergibt, lediglich die gewöhnliche Formel der unserer actio korrespondierenden actio furti aduersus nautas gemeint, der in dem gedachten Falle nach Absicht der Kompilatoren die in fr. 42 pr. namhaft gemachten Zusätze gegeben werden sollten.

§ 79–81. FINIUM REGUNDORUM. FAMILIAE ERCISCUNDAE. COMMUNI DIUIDUNDO

Ulp. 19, Paul. 23, Gai. 7, Iulian. 8.

Unter den iudicia diuisoria steht in den Digesten finium regundorum voran, im Codex Theod. und Iustin. dagegen dieses am Schluß und an erster Stelle familiae erciscundae. Daß die Ordnung der Digesten die der Ediktkommentare und somit ohne Zweifel die des Edikts war,[1] scheint mir, mag die Stelle auch nicht unberührt sein, hervorzugehen aus Paul. 23 (10. 2) 56:

> Non solum in finium regundorum, sed et familiae erciscundae iudicio praeteriti quoque temporis fructus ueniunt.

Gleichwohl werde ich im folgenden zunächst die Formeln für die actio familiae erciscundae und die communi diuidundo erörtern, weil für diese beiden ein weit reichhaltigeres Rekonstruktionsmaterial in den Quellen vorhanden ist als für die finium regundorum, hinsichtlich deren wir im wesentlichen auf Analogieschlüsse angewiesen sind.

Daß die a° f. e. der a° c. d. voranging, ergibt sich aus (10. 3) 6 § 11.

1. (§ 80.) FAMILIAE ERCISCUNDAE[2]

Ulp. 19,[3] Paul. 23,[4] Gai. 7,[5] Iulian. 8.[6]

Die Schwierigkeit der Rekonstruktion liegt bei allen iudicia diuisoria in der demonstratio. Die der actio familiae erciscundae lautet bei Rudorff, EP § 71:

> Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ob rem familiae erciscundae arbitrum sibi dari postulauerunt . . .

[1] A. M. Rudorff, EP § 71 n. 1.

[2] D. (10. 2), C. (3. 36).

[3] h. t. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24, (35. 2) 43, (40. 4) 30 cf. h. t. 22 § 5, (41. 1) 44 cf. h. t. 8 § 2.

[4] h. t. 9, 11, 15, 21, 23, 25, 27, 29, 56.

[5] h. t. 1, 3, 5, 17, 19, 26, 28.

[6] (5. 4) 7, h. t. 51, wahrscheinlich auch das wohl falsch inskribierte (40. 7) 12.

Allein weder ist die Verbindung „quod hereditas . . . communis est, quam ob rem . . ." glücklich, noch entspricht die demonstratio im übrigen dem, was sich aus den Quellen ermitteln läßt. Nur dies halte ich ebenfalls für wahrscheinlich, daß der iudicis postulatio[1] in der demonstratio Erwähnung geschah, möchte aber nach l. Rubria c. 23

qui de familia erciscunda iudicium sibi dari reddiue postulauerint

vermuten, daß diese Erwähnung selber die demonstratio bildete:[2]

Quod . . . de familia erciscunda iudicem[3] sibi dari postulauerunt.

Dahin nämlich führen uns auch die Kommentare, indem es nur durch diese Annahme möglich wird, die aus ihnen ersichtlichen Formelstücke zu einem Ganzen zu vereinigen, und ebenso auch die Natur der Sache, da ja wirklich lediglich die iudicis postulatio das juristische Fundament des adiudicari oportere, dieses letztere aber den eigentlichen Grundstock der Formel bildet, an den sich das „quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet" erst in verhältnismäßig später Zeit ankristallisiert haben dürfte. Wenn ich nun hiervon ausgehe und im übrigen, wie aus den Noten ersichtlich, genau den Gang des Ulpianischen Kommentars verfolge, gelange ich zu folgender demonstratio, die ich in allem Wesentlichen für gesichert halte:

Quod Lucii Titii heredes[4] *de familia erciscunda*[5] *deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumue sit,*[6] *iudicem sibi dari postulauerunt* . . .

[1] Cic. pro Caec. c. 7 § 19, l. Rubria c. 23. In ersterer Stelle heißt es: arbitrum fam. erc. postulauit; in letzterer: qui de fam. erc. . . . iudicium sibi dari reddiue postulauerint. In der Legisaktionenformel nach Probus 4, 8: iudicem arbitrumue. In der Formel des Edikts dürfte es iudicem geheißen haben, trotzdem der arbiter in den Kommentaren traditionell fortläuft.

[2] Was Cicero (de orat. I, 56 § 237) und der Epitomator des Festus vom erctum cieri und erctum citum melden — vgl. noch Gell. N. A. I, 9 i. f., Seruius ad Aeneid. VIII, 642, Nonius s. v. citum —, ist ohne Zweifel auf die legis actio zu beziehen und bleibt daher für uns außer Betracht.

[3] Debray, NRH 1919, 164 zieht iudicium vor.

[4] Ulp. 19 h. t. 2 pr.–§ 4, Paul. 23 h. t. 25 pr., Gai. 7 h. t. 1. Eventuell: Quod C. Seius inter se et ceteros L. Titii heredes . . . postulauit.

[5] Hier erörtern die Kommentare den Umfang der „zu teilenden Erbschaft". Ulp. 19 h. t. 2 § 5, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 pr.–§ 3, Paul. 23 h. t. 25 § 1–14, Gai. 7 h. t. 3, 5.

[6] Fr. 49 h. t.: nam ut familiae erciscundae agere quis possit, . . . oportet . . . ex ea causa agere uel conueniri, quam gessit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit. Da in der Stelle wegen Mangels des gedachten Erfordernisses das iudicium f. e. verweigert wird, so tut sie die Notwendigkeit der Annahme eines entsprechenden Formelstücks dar, und es kann dahingestellt bleiben, ob die statt dessen gewährte utilis actio als utilis f. e. (so EP[2]) oder neg. gest. (so Bortolucci, actio utilis I, 50f., Partsch, Studien z. NG 101[3], Riccobono dal dir. rom. 211) anzusehen oder vielleicht ganz und gar itp. ist (so Berger, Teilungsklagen 142). Das Formelstück ist aber auch ausführlich kommentiert bei Ulp. 19 fr. 16 § 4 (im § 4 sind die Worte in usu[m] fructu[m] zu betonen)–ult., 18, 20 pr. h. t., Paul. 23 fr. 25 § 15–19 h. t., Gai. 7 fr. 17, 19 h. t. Wie man sieht, nimmt es in den Kommentaren genau die Stelle ein, die ich ihm im obigen gebe. Gewiß ist fr. 49 cit. (aus Ulp. 2 disp.), wie schon das mangelhafte Latein erweist, nicht unberührt überliefert; aber die oben angef. Wendungen machen den Eindruck der Formelmäßigkeit, und der sprachliche Hauptanstoß mag sich daraus erklären, daß ein nachklassischer Leser, der

An diese demonstratio schloß sich, wie wir aus den Kommentaren ersehen, zunächst die Adjudikationsklausel an, die nach Gai. IV, 42 lautete:

QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX Titio ADIUDICATO.

Ob das Titio, wie mir das wahrscheinlichste, ein Rest der in der Musterformel genannten Namen oder ob es durch ein Abschreiberversehen aus tantum[1] oder cui oportet[2] entstanden ist,[3] oder wie man sonst das von Gaius nicht ganz vollständig angeführte Formelstück — irgendeine Bezeichnung der Adjudikatare mußte darin enthalten sein — ergänzen will, ist wohl nicht von großer Erheblichkeit.[4] Kommentiert ist das „quantum . . . adiudicari oportet" bei Ulp. 19 h. t. 20 § 1–ult., 22 pr. — der Jurist handelt hier namentlich auch vom Präzeptionslegat[5] —, das „adiudicato" bei Ulp. 19 h. t. 22 § 1–3, Paul. 23 h. t. 25 § 20. 21.

Den Schluß der Formel bildet:

quidquid ob eam rem alterum alteri[6] *praestare*[7] *oportet [ex fide bona?], eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a.*

Kommentiert bei Ulp. 19 h. t. 22 § 4. 5, 24 pr., Paul. 23 h. t. 25 § 22,[8] 27, 29, 56.

Ich habe in der obigen Rekonstruktion die Klausel „ex fide bona" mit einem Fragezeichen versehen. Die von mir noch in EP² bejahte Frage, ob die actio f. e. und überhaupt die iudicia diuisoria zu den b. f. iudicia gehören, ist bekanntlich außerordentlich bestritten.[9] Einerseits kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Grundsätze, nach denen die Klassiker die Obligation aus Gemeinschaft behandeln, durchaus denen der b. f. iudicia entsprechen. Andrerseits fehlen die iudicia diuisoria in dem Verzeichnis bei Gai. IV, 62, ihr Erscheinen in dem Justinianischen Verzeichnis I. (4. 6) § 28 beweist nichts für das klassische Recht, die Stellen der Kompilation aber, die ihren b. f.-Charakter ausdrücklich bestätigen, unterliegen sämtlich Interpolationsverdacht.[10] Auch würde sich das Fehlen der b. f.-Klausel gerade bei den iudicia diuisoria sehr einleuchtend historisch erklären lassen.

in dem Formelzitat, wo nur der hier allein in Betracht kommende Fall des gestum erwähnt war, den Fall des admissum vermißte und ungeschickt hineinkorrigierte. Ich halte das Mißtrauen Bergers a. a. O. 106f. nicht für gerechtfertigt.

[1] t̄t: cf. Apograph. Studem. p. 308.

[2] cuiō: Huschke in der iurispr. anteiust.

[3] Noch anders Arangio-Ruiz (bull. 32) st. formul. 26ff.

[4] Gegen Kellers (CP n. 458) und Rudorffs „quantum paret alteri ab altero adiudicari oportere" vgl. übrigens Bekker, Aktionen I, 231 n. 9.

[5] Gai. II, 219f., vgl. auch Gai. 7 h. t. 26, 28.

[6] h. t. 52 § 2.

[7] Dies Wort kehrt ständig wieder, z. B. h. t. 22 § 4. 5, 24 pr., 25 § 16. 22, 33, 39 i. f., 44 § 2. 3. 8, 52 § 1.

[8] Dieser Paragraph könnte übrigens auch noch als Bemerkung zur Adjudikationsklausel aufgefaßt werden. Im übrigen sind die Abschnitte in den Kommentaren deutlich erkennbar.

[9] S. die Literatur bei Berger, Teilungskl. 144², wo noch hinzuzufügen Biondi, iud. b. f. (1920) 218ff., Meylan, orig. et nat. de l'act. p. v. (1919) 187².

[10] C. (3. 36) 9, (3. 38) 3, D. (10. 3) 4 § 2, 14 § 1. Vgl. statt vieler Audibert, NRH 1904, 302f., Biondi, a. a. O. 219f.

Diese iudicia müssen nämlich schon lange vor dem Aufkommen der b. f. iudicia eine intentio und condemnatio besessen haben, um dem Judex die Auflage der bei Teilungen notwendigen Ausgleichungen möglich zu machen. Als nun allmählich die Obligation aus der Gemeinschaft zur Anerkennung gelangte, war es nur natürlich, daß man die daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten einfach auf die überkommene intentio basierte, ohne an ihr eine Veränderung vorzunehmen, und ohne Rücksicht darauf, daß bei den zu treffenden Entscheidungen die bona fides eine wichtige Rolle spielte.[1]

Nicht beitreten kann ich der von Audibert[2] vertretenen Ansicht, wonach die Formel der actio familiae erciscundae (und ebenso auch die der actio communi diuidundo) zwei intentiones und condemnationes enthalten hätte, die eine berechnet auf die Auseinandersetzung des Obligationsverhältnisses, die andre nur auf die pekuniären Ausgleichungen, die die adiudicatio als solche notwendig machen konnte, und etwa lautend: quantum ob eam rem condemnari oportet, t. p. c. (ohne absolutio). Das Fundament dieser Hypothese bilden nicht Quellenzeugnisse, sondern allgemeine Erwägungen über den geschichtlichen Entwicklungsgang der Teilungsklagen, und nur insofern werden auch die Quellen zur Unterstützung herangezogen, als Audibert einzelne Stellen anführt, deren Inhalt, wie er glaubt, mit der obigen einfachen intentio und condemnatio nicht vereinbar sei.[3] Mir ist die ganze Vermutung im höchsten Grade unwahrscheinlich.[4] Man fragt sich vergebens, welchen praktischen Zweck die Doppelintentio und Doppelcondemnatio besessen haben soll, da doch die Formel mit einfacher intentio und condemnatio in ihrer elastischen Fassung und weitgehenden Akkommodationsfähigkeit jedwedem praktischen Bedürfnis zu entsprechen vermochte. M. E. entscheidet aber gegen Audibert schon die einfache Tatsache, daß in dem umfangreichen Quellenmaterial, das wir über die Teilungsklagen haben, auch nicht die geringste Spur von jener seltsamen Formulierung zu entdecken ist.

Neben der directa actio werden wiederholt actiones utiles[5] erwähnt —

[1] Eben darum sehe ich auch in dem Hinweis auf die bona fides in den m. E. echten leges geminae (10. 3) 24 pr. und (41. 1) 45 keinen hinreichenden Beweis dafür, daß in der Formel die Worte ex f. b. standen.

[2] Mélanges Appleton (1903) 1 ff., NRH 1904, 273 ff., 401 ff., 649 ff.

[3] M. E. ist die Unvereinbarkeit nirgends vorhanden; es kann aber an diesem Orte unmöglich auf alle diese Stellen eingegangen werden. Nur einige Beispiele. In fr. 39 pr. (10. 2) geht das „partem suam petebat" auf die h. p. partiaria, nicht wie A. (NRH 293) annimmt, auf die actio f. e., vgl. jetzt auch Appleton, mél. Fitting I, 17 ff., Berger, a. a. O. 186 ff. Der Zweifel in fr. 14 § 1 i. A. (10. 3) betrifft die Frage, ob der Retentionseinrede stattzugeben sei, nicht (so A. a. a. O. 302) die, ob es zu ihrer Geltendmachung einer exceptio bedürfe. Fr. 24 pr. (10. 3) und die l. gem. fr. 45 (41. 1) sind sicher nicht interpoliert (a. M. A. a. a. O. 426); denn jede solche Gemination beruht auf Versehen, und es ist undenkbar, daß man die versehentlich aufgenommene l. gem. zufällig mit ganz den gleichen Worten interpoliert hätte. Vgl. hierzu Berger, SZ 43, 413[2].

[4] Vgl. auch Kübler, SZ 25, 446 f.

[5] Nicht hierher gehört das von Rudorff, (EP § 71 n. 2) angezogene fr. 1 § 9 (33. 4): hier handelt es sich nicht um eine utilis fam. erc. actio.

fr. 2 § 1,[1] 24 § 1, 40, 49 h. t. —, die meist leicht zu rekonstruieren sind: in die demonstratio wurde das von der Norm abweichende rechtliche Verhältnis aufgenommen, und sodann bei dem „quantum adiudicari oportet" und dem „quidquid praestare oportet" fiktizisch (si heres esset, si heredes essent) nachgeholfen; nur die utilis actio des fr. 49 h. t. müßte in anderer Weise konstruiert werden; s. aber über diese Stelle S. 207 n. 6.

2. (§ 81.) COMMUNI DIUIDUNDO[2]

Ulp. 19,[3] Paul. 23,[4] Gai. 7,[5] Iulian. 8.[6]

Der Schwerpunkt der Aufgabe der Rekonstruktion liegt auch hier in der demonstratio. Gerade in dieser Richtung sind aber die älteren Rekonstruktionsversuche[7] reine Phantasiegebilde und daher gänzlich unbrauchbar.

Zunächst wird fast durchweg[8] angenommen, daß der zu teilende Gegenstand in der Formel bezeichnet gewesen sei. Es ist aber das Gegenteil sicher, wie aus folgenden beiden Stellen hervorgeht. Ulp. 19 h. t. 4 § 2:

> [Hoc iudicium bonae fidei est: quare] si una res indiuisa relicta sit, ⟨et⟩ ualebit utique [et] ceterarum diuisio et poterit iterum communi diuidundo agi de ea quae indiuisa mansit.

Ulp. 75 h. t. 13:

> In iudicium communi diuidundo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne ueniat.[9]

Hiernach kann der Judex durch die Formel nur einfach aufgefordert gewesen sein, das „commune" zu teilen.

Ferner enthielt, was früher allgemein übersehen worden, die demonstratio, ganz wie die der actio familiae erciscundae, einen auf die praestationes gemünzten Zusatz, der uns sehr wahrscheinlich in den formalistischen Wendungen des fr. 3 pr. h. t. (Ulp. 30 ad Sabin.) wortgetreu überliefert ist:

> In communi diuidundo iudicio [nihil per]uenit [ultra diuisionem rerum ipsarum quae communes sint][10] et si quid in his damni datum factumue est siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communi.

[1] Bedenken gegen die Echtheit der Entscheidung in fr. 2 § 1 äußert Arangio-Ruiz, appunti sui giud. div. (1912) 7.

[2] D. (10. 3), C. (3. 37).

[3] h. t. 4, 6.

[4] h. t. 1, 8, 10.

[5] h. t. 2, 11, (5. 1) 13 = h. t. 2 § 1, (41. 1) 45.

[6] h. t. 24; cit. (6. 1) 37 cf. h. t. 14 § 1? oder falsch inskribiert?

[7] Außer Rudorff, EP § 72, vgl. noch Puchta, Kursus § 167 n. i, Keller, CP n. 458, Heffter, ad Gai. p. 59. Rudorffs Rekonstruktion findet im wesentlichen völlig befriedigend: Eck, doppelseitige Klagen 89f., die Kellers: O. Geib, die rtl. Natur der actio comm. diuid. (diss. 1882) 73f.

[8] Anders nur Karlowa, RG II, 457 n. 1, der der actio c. d. überhaupt jede demonstratio abspricht. Daß sie jedoch eine solche besaß, wird durch die von Karlowa nicht beachteten Kommentare erwiesen.

[9] Vgl. auch Paul. sent. I, 18 § 5.

[10] Die eingeklammerten Worte sind verdächtig. Arangio-Ruiz appunti etc. 18.

Die Existenz dieses Zusatzes ergibt sich aus der genauen Erörterung in den Kommentaren (vgl. unten n. 6).[1]

Hiernach würde ich etwa folgende Formel für möglich halten:[2]

Quod L. Titius C. Seius[3] *de communi [eorum?] diuidundo*[4] *et si quid in communi damni*[5] *datum factumue sit siue quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem peruenerit,*[6] *iudicem sibi dari postulauerunt:*[7] *quantum . . . adiudicari oportet, iudex . . . adiudicato:*[8] *quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona?],*[9] *eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a.*

Was die actiones utiles anlangt, so war für eine Klasse derselben im Album eine besondere Formel proponiert: für die Fälle nämlich, wo die directa actio deswegen nicht zuständig war, weil die Teilung einer andern Gemeinschaft als derjenigen gemeinschaftlichen Eigentums verlangt wurde (vgl. § 82). Anderer Art ist der Fall des fr. 11 h. t. (Weglassung der Worte de communi diuidundo und der Adjudikationsklausel und Anpassung des übrigen?), während die actiones utiles der fr. 6 pr. § 1, 14 § 1 h. t., weil interpolationsverdächtig,[10] hier außer Betracht bleiben.

3. (§ 79.) FINIUM REGUNDORUM[11]

Ulp. 19,[12] Paul. 23,[13] Gai. 7,[14] Iulian. 8.[15]

Die Geschichte der actio finium regundorum liegt außerhalb des Kreises der mir gestellten Aufgabe.[16] Was die Formel anlangt, so bieten adiudicatio, intentio und condemnatio kein Bedenken: diese Formelteile stimmten wohl

[1] In EP[2] berief ich mich auch noch auf die utilis actio in fr. 6 pr. h. t. Der Grund, warum hier die directa actio versagt wurde, liege darin, daß die Fruchtperzeption und der Aufwand nicht „communi nomine" geschehen sei. Nach den Ausführungen Bergers, a. a. O. 218ff. (s. auch Riccobono, dal dir. rom. 195[2]) kann ich dies Argument nicht mehr aufrecht halten.

[2] Wegen der abweichenden Ansicht Audiberts vgl. den vorigen §.

[3] Paul. 23 h. t. 8 pr. Eventuell: quod L. Titius inter se et C. Seium . . . (postulauit).

[4] Ulp. 19 h. t. 4 pr.–§ 2, Paul. 23 h. t. 8 § 1, Gai. 7 h. t. 2 pr. Zum Wort commune vgl. noch C. (7. 34) 3.

[5] Cf. h. t. 26.

[6] Ulp. 19 h. t. 4 § 3. 4, 6 pr.–§ 7 (zu eo nomine speziell, unbeschadet der Itp.: fr. 6 pr.–§ 2); Paul. 23 h. t. 8 § 2–4 (§ 2: si quid damni; § 3. 4: si quid abest eorum cui), 10 pr.; Gai. 7 h. t. 11. Zu „peruenerit" vgl. noch Paul. 22 (9. 4) 19 pr. i. f.

[7] Gai. 7 h. t. 2 § 1, (27. 9) 7 pr. Vgl. Isidor. orig. V, 25 § 10: Communi diuidundo est inter eos quibus communis res est: quae actio iubet postulantibus iis arbitrium (arbitrum *scr.*) dari, cuius arbitratu res diuidatur.

[8] Gai. IV, 42. Hierzu: Ulp. 19 h. t. 6 § 8–10, Paul. 23 h. t. 10 § 1.

[9] Ulp. 19 h. t. 6 § 11. 12, Paul. 23 h. t. 10 § 2. Wegen „praestare" vgl. h. t. 11, ferner h. t. 4 § 3, 6 § 1. 2, 20, 25. Wegen ex fide bona vgl. S. 208 f.

[10] Vgl. Berger, a. a. O. 209, 224[1], Arangio-Ruiz, appunti 23.

[11] D. (10. 1), C. (3. 39).

[12] h. t. 2.

[13] h. t. 1, 4, 6.

[14] h. t. 3.

[15] h. t. 9.

[16] M. E. ist Karlowa, Beiträge 141 ff., der Beweis, daß die actio fin. reg. sich von jeher auf die controuersia de fine beschränkt habe, gegen Rudorff vollständig gelungen und durch das, was dieser im EP § 73 n. 5 erwidert, sicherlich nicht widerlegt. A. M. Arangio-Ruiz, bull. 32, 13[2]. S. S. 212[4].

vollständig mit den oben betrachteten Aktionen überein (doch ist uns auch in itp. Stellen nicht bezeugt, daß die actio fin. reg. bonae fidei gewesen); von ihnen handelt Ulp. 19 h. t. 2 § 1, Paul. 23 h. t. 4 § 5–7,[1] Gai. 7 h. t. 3. Die Schwierigkeit liegt auch hier wieder in der demonstratio, hinsichtlich deren wir ganz auf Paul. 23 h. t. 4 pr.–§ 4, den einzigen dazu erhaltenen Kommentar, angewiesen sind. Daraus erfahren wir erstens, daß in der Formel nicht von einer controuersia unius loci[2] die Rede war, arg. fr. 4 pr. h. t.:[3]

> Sed et loci unius controuersia in partes *res* scindi[4] adiudicationibus potest.

Zweitens, daß die demonstratio sehr wahrscheinlich auch hier einen auf die möglichen Prästationen gemünzten Zusatz enthielt: hierauf wird fr. 4 § 1–3 zu beziehen sein, vgl. I. (4. 17) § 6. Endlich, daß wahrscheinlich auch diese demonstratio auf „*quod L. Titius C. Seius de finibus fundorum regundis . . . iudicem sibi dari postulauerunt*" gestellt war: denn wenn es in fr. 4 § 4 — am Schlusse der Erläuterung der demonstratio, vor Beginn der Erläuterung der adiudicatio — heißt:

> Si dicantur termini deiecti uel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest:

so werden diese Worte wohl am einfachsten auf das „quod . . . iudicem postulauerunt" der demonstratio bezogen; doch können sie auch dem auf die admissa circa fines bezüglichen Stück gegolten haben.[5]

§ 82. *DE UTILI COMMUNI DIUIDUNDO IUDICIO*

Ulp. 20,[6] Paul. 24.[7]

Der Umstand, daß Ulpian und wahrscheinlich auch Paulus die utilis comm. diu. actio (s. S. 211) nicht im gleichen Buch mit der directa actio erörtern,[8] macht es an sich schon plausibel, daß für jene eine besondere Formel im Edikt stand. Diese Annahme wird durch den Inhalt von Ulp. 20 fr. 7 cit. bestätigt. Allerdings hat die Hand der Kompilatoren in die Überlieferung dieses Fragments ungewöhnlich tief eingegriffen.[9] Allein die

[1] Fr. 4 § 8–11, fr. 6 h. t. enthalten abgesonderte Schlußbemerkungen.

[2] Vgl. C. h. t. 3 = C. Theod. (2. 26) 1.

[3] Vgl. hierzu Karlowa, a. a. O. 142 ff.

[4] So Mommsen. Aber die Stelle ist gewiß nicht unberührt, und es erscheint mir daher bedenklich, aus ihr, wie Arangio-Ruiz, bull. 32, 12 ff., weitergehende Folgerungen zu ziehen.

[5] Vgl. I. (4. 17) 6 v.: quod forte circa fines malitiose aliquid commisit, uerbi gratia quia lapides finales furatus est.

[6] (10. 3) 7.

[7] (43. 16) 7 cf. (10. 3) 7 § 5. Vielleicht ist fr. 10 § 1 (10. 3) — Paul. 23 — aus Paul. 24 eingeschoben. Vgl. Ulp. 20 eod. 7 § 7.

[8] Bestritten von Berger, Teilungskl. 69 ff.; er vermutet, daß fr. 7 h. t. falsch inskribiert sei und nicht Ulp. 20, sondern Ulp. 19 angehöre. M. E. höchst unwahrscheinlich, da hier keiner der Fälle vorliegt, in denen wir sonst (s. oben S. 8) Inskriptionsverwechselungen zu begegnen pflegen.

[9] Dies wurde in den früheren Aufl. übersehen. Wie tief die Eingriffe gehen, ließe sich nur durch eine umfangreiche Spezialuntersuchung feststellen, die an diesem Ort unmöglich ist. Vgl. zu dieser Frage Berger, a. a. O. 26 ff., Arangio-Ruiz, a. a. O. 9 ff., Biondi, leggit. proc. 42 ff.

Ausdrücke, mit denen Ulpian und der von ihm angeführte Iulian, oder seien es auch da und dort die Kompilatoren, die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit der utilis actio c. d. bezeichnen (hoc iudicium locum habet, non habet, non debere hoc iudicium dari, cessare hoc iudicium usw.), lassen m. E. keinen Zweifel, daß wir es hier mit einem im Edikt proponierten Rechtsmittel zu tun haben. Den Gang von Ulpians Erörterung denke ich mir heute erheblich anders als früher. In pr.–§ 2 des fr. 7 stellt der Jurist fest, daß das „c. d. iudicium" auf die Teilung von agri uectigales, von Provinzialgrundstücken — darauf wird § 1 zu beziehen sein —, von zu Publizianischem Recht besessenen Grundstücken Anwendung finde. Das deutete ich früher, weil in der hier gewiß nicht verläßlichen Digestenüberlieferung das Wort „utile" fehlt, auf die actio directa. Höchst unwahrscheinlich; denn wenn das iudicium directum hier Platz gegriffen hätte, so hätte Ulpian dies sicher schon bei Besprechung seiner demonstratio festgestellt; es konnte aber bei diesen nichtzivilen Rechtsverhältnissen gar nicht Platz greifen, weil seine intentio und adiudicatio auf ziviles oportere abgestellt waren. Was der Jurist in den zit. Paragraphen behandelte, das wird die demonstratio des utile iudicium gewesen sein, die ebenfalls die Worte de communi diuidundo, hier etwa mit einem das konkrete Teilungsobjekt bezeichnenden Zusatz, enthalten haben mag. Erst nachdem so die Reichweite des utile iudicium festgestellt war, hatte Ulpian Veranlassung auf die besondere Fassung seiner intentio und adiudicatio einzugehen, und darum beginnt fr. 7 § 3 mit den Worten:

> Ex quibus[1] autem[2] causis uindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi diuidundo[3] competit . . .

Das hier genannte Erfordernis der gemeinschaftlichen iusta causa possidendi spielte jedenfalls in der Formel eine Rolle; denn der weitere Verlauf des Kommentars (§ 3–10), wenn auch vielfach mit Interpolationen durchsetzt, bezieht sich offenbar gerade darauf. Im übrigen ist eine Rekonstruktion der Formel bei der Spärlichkeit des überlieferten Materials nicht möglich. Fiktizische Fassung ist nicht wahrscheinlich, da der Judex die hier in Betracht kommenden Gemeinschaftsverhältnisse weder so auseinandersetzen sollte noch konnte als wenn zivile Eigentumsgemeinschaft vorläge. Inwieweit Ulpian in einzelnen Fällen Modifikationen der proponierten Formel für notwendig erklärte, ist aus der Digestenüberlieferung nicht mehr zu ersehen.

[1] *Flor.:* quibusdam. Die obige Lesart entspricht den Bas. und dem schol. des Kyrillos bei Heimbach I, 799. 800.

[2] Dies autem, an dem Berger a. a. O. 73 Anstoß nimmt, ist gerade sehr bezeichnend für den Übergang.

[3] Auf das sog. Collinetsche Interpolationsmerkmal ist hier so wenig wie sonst Verlaß.

§ 83–88. *DE FIDEIUSSORE ET SPONSORE*[1]

Ulp. 20.[2] 21.[3] 22,[4] Paul. 24.[5] 25,[6] Gai. 8,[7] Iulian. 88.[8] 89.[9] 90.[10]

An die Ordnung der aus der Rechtsgemeinschaft abfließenden Rechtsverhältnisse schloß sich im Edikt, wahrscheinlich unter dem Gesichtspunkt der Haftungsgemeinschaft, das Kapitel von der Bürgschaft. Ein großer Teil der in den Noten angeführten Kommentarfragmente verlangt, ein anderer duldet die Beziehung auf diese Materie, und wenn bei dem Rest die Zusammenhänge dunkel bleiben, so erklärt sich dies sehr einfach daraus, daß wir über das klassische Aktionenrecht der Bürgschaft überaus ungenügend unterrichtet sind. Ich versuche zunächst die Beziehungen soweit möglich klarzustellen.[11]

Gai. III, 121 meldet:

> ... sponsor et fidepromissor leg*e* Furi*a* biennio liberantur, et quo*t*quo*t* erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes d*i*ducitur inter eos obligatio et singuli (*in*) uiriles partes *obliga*ntur.

Die Erörterung dieser Bestimmungen mußte notwendig zur Behandlung der Fragen von der Teilbarkeit der Obligationen und der Nativität der Ansprüche führen, welch letztere sowohl mit Rücksicht auf den Anfangspunkt des biennium als auch behufs Feststellung des für die Teilung der Obligation maßgebenden Moments in Betracht kam. Hierher ziehe ich Ulp. 20 (45. 1) 60, 72, Paul. 24 eod. 73 pr., (26. 7) 26, (46. 6) 1, (46. 7) 1, Iulian. 88 (45. 1) 59.

Die lex Appuleia — Gai. III, 122 — gewährte demjenigen unter mehreren Sponsoren oder Fidepromissoren, der plus sua portione soluerit, de eo quod amplius dederit, eine actio aduersus ceteros. Aduersus ceteros: natürlich nur unter der Voraussetzung, daß der zu belangende Mitbürge selbst weniger als seinen Anteil geleistet hat. Hierher vielleicht Paul. 24 (50. 16) 32:

> Minus solutum intellegitur etiam si nihil esset solutum

und Iulian. 89 (46. 1) 17.[12]

Die lex Publilia — Gai. III, 127, IV, 22 — gab dem sponsor, der für den Hauptschuldner gezahlt hatte und von letzterem nicht innerhalb sechs Monaten Deckung erhielt, gegen diesen eine Regreßklage, die sog. actio

[1] Paul. sent. I, 20.
[2] (17. 2) 41, (45. 1) 60, 72.
[3] (5. 1) 15, (20. 1) 19, (28. 5) 30, (35. 2) 44, (39. 6) 30, (42. 3) 2, (44. 7) 42, (50. 16) 33, (50. 17) 134.
[4] (1. 5) 17, (46. 1) 27.
[5] (3. 5) 23, (13. 5) 29, (26. 7) 26, (26. 8) 10, (43. 16) 7, (45. 1) 73, (46. 6) 1, (46. 7) 1, (50. 16) 32, 34.
[6] (46. 1) 28.
[7] (38. 10) 1, 3, (39. 6) 31, (45. 1) 74 — zu Pal. I, 209 n. 2 s. S. 218 —, (46. 1) 26.
[8] (45. 1) 59.
[9] (46. 1) 17.
[10] (16. 2) 2, (46. 1) 18.
[11] Die Ordnung der im Text folgenden Aufzählung der einzelnen Bestimmungen ist nicht chronologisch gemeint; dies mit Rücksicht auf die Bemerkungen Levys, Sponsio, Fdpr., Fi. (1907) 58f., 68 n. 4.
[12] Vgl. zu dieser Stelle Levy, a. a. O. 188f.

depensi.[1] Hier mußten die Juristen feststellen, wann der Tatbestand der Zahlung (datum depensum)[2] vorliege: Paul. 24 (3. 5) 23, Iulian. 90 (46. 1) 18, (16. 2) 2.

Sponsoren und Fidepromissoren konnten wirksam zugezogen werden, „quamuis interdu*m* ipse qu*i* promiserit non fuerit obligatus, uelut si *mulier* aut pupillus sine tutoris auctoritate . . . dari promiserit". Vgl. Gai. III, 119. In diesen Zusammenhang gehört vielleicht Paul. 24 (26. 8) 10.

Die lex Cicereia — Gai. III, 123 — verordnete:

> . . . ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedica*t* palam et declaret, et de qua re satis accipiat et quo*t* sponsores a*ut* fidepromissores in eam obligationem accepturus sit . . .

Hierher Ulp. 21 (50. 16) 33:

> Palam est coram pluribus.

Die Folge unterlassener praedictio war unter gewissen Voraussetzungen Liberation der Bürgen. Per contrarium weist hierauf Ulp. 21 (20. 1) 19:

> Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto uniuerso quantum debetur.

Durch die lex Cornelia — Gai. III, 124 — wurde für alle Arten von Bürgen verboten, daß eine und dieselbe Person für einen und denselben Schuldner bei einem und demselben Gläubiger sich „in ampliorem summam creditae pecuniae quam in XX mili*a*" obligiere. Unter pecunia credita wurde hier nach Gaius nicht bloß das Darlehen verstanden, sondern jede Schuld, aber freilich nur die unbedingte. Hierher gehört wahrscheinlich die Erörterung des der „pecunia credita" entsprechenden Begriffs creditor bei Ulp. 21 (44. 7) 42, wie auch die Bemerkung bei Paul. 24 (45. 1) 73 § 1, vielleicht auch (50. 16) 34.

Die letzte Stelle nimmt in den Kommentaren das Teilungsbenefizium der epistula D. Hadriani ein (Gai. III, 121). Auf dieses beziehen sich offensichtlich Ulp. 22 (46. 1) 27, Paul. 25 eod. 28, Gai. 8 eod. 26. Auch die Bemerkung bei Ulp. 22 (1. 5) 17 über die unter Caracalla erfolgte Verallgemeinerung des römischen Bürgerrechts wird wohl gelegentlich hier gefallen sein. Anlaß zur Erwähnung jener Tatsache konnte der Umstand geben, daß infolge jener Verallgemeinerung die sponsio ihren nationalen Charakter praktisch verloren hatte.[3] —

Der weitaus größte Teil der eingangs angeführten Fragmente hat im obigen Unterkunft gefunden. Auch von dem Rest können einige ohne großen Zwang zur Bürgschaft in Beziehung gesetzt werden, so Ulp. 20 (17. 2) 41 — Einfluß einer Regreßstipulation etwa auf die Regreßklage ex

[1] Von ihr dürfte im Urtext des (17. 1) 52 die Rede gewesen sein.

[2] Tab. Heracl. l. 115.

[3] Levy, Sponsio etc. 115 n. 3. Andere mögliche Vermutung — Verallgemeinerung der nur auf römische Bürger bezüglichen lex Furia — in der 1. Aufl. und im éd. perp. Gegen Appleton, SZ 26, 18ff., s. Wlassak, SZ 28, 120[1].

lege Appuleia —, Paul. 24 (13. 5) 29 vgl. (46. 1) 8 § 5, Paul. 24 (45. 1) 73 § 2 vgl. eod. 91 § 3. 4, Gai. 8 eod. 74 vgl. Gai. inst. IV, 137 (zu Pal. I, 209 n. 2 s. unten S. 218[3]). Immerhin bleibt aber eine Anzahl übrig, über deren Beziehungen nur höchst unsichere Vermutungen möglich sind. Wir müssen annehmen, daß die Juristen hier zu ihren Erörterungen durch uns unbekannte Sätze des klassischen Rechts veranlaßt wurden. Wenn Gai. 8 (38. 10) 1, 3 ein Verzeichnis der Verwandten bis zum 7. Grade gibt, so wäre etwa denkbar, daß die lex Cornelia diese nächsten Verwandten von ihren beschränkenden Bestimmungen ausgenommen hätte. Ganz dunkel bleiben die Zusammenhänge bei den Untersuchungen, die Gai. 8 (39. 6) 31 und Ulp. 21 eod. 30 über den Begriff und Umfang des mortis causa capere anstellen,[1] desgleichen bei Ulp. 21 (35. 2) 44, (42. 3) 2, (28. 5) 30, (50. 17) 134.[2] Dunkel ist endlich auch Ulp. 21 (5. 1) 15:

> Filius familias[3] iudex si litem suam faciat, [in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat].[4] (§ 1) Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit [(dolo malo autem uidetur hoc facere, si euidens arguatur eius uel gratia uel inimicitia uel etiam sordes), ut ueram aestimationem litis praestare cogatur].[5]

Rudorff, EP § 79, gründet auf diese Stelle die Annahme, daß in direkter Nachbarschaft dessen, was das Edikt mit Beziehung auf die Bürgschaftsgesetze enthielt, die Klausel Si iudex litem suam fecerit gestanden habe. Ich halte diese Hypothese für unmöglich: denn ist die Inskription des Fragments richtig,[6] so stand dasselbe mitten in der Materie von der Bürgschaft, in der Gegend der Rubriken ad legem Cicereiam und ad legem Corneliam (Ulp. 21), aber noch vor der Rubrik ad epistulam D. Hadriani (Ulp. 22): wie soll an solchen Ort die Klausel Si iudex litem suam fecerit geraten sein?[7]

[1] Beziehung zum Regreß des Bürgen, arg. (17. 1) 10 § 13? zu den satisdationes ex lege Iulia uicesimaria, Gai. III, 125? Oder sollte an dieser Stelle des Edikts außer von den adpromissores auch von den adstipulatores die Rede gewesen sein? Denken wir uns einen adstipulator, der in dem bei Gai. III, 117 erwähnten Falle (stipulatio post mortem) in rem suam stipulierte, so wäre dies ein eigentümlicher Fall von mortis causa capio, der wohl zu weitausgreifenden Erörterungen führen konnte. Aber all diese Beziehungen liegen zu fern, als daß sie auch nur den Wert einer plausiblen Hypothese beanspruchen könnten. Man muß sich hier zum ignorare entschließen.

[2] Fr. 134 pr. (50. 17) stellt fest, daß in der Unterlassung eines Erwerbs keine fraudatio creditorum liege. Auf eben dies Delikt wird auch fr. 134 § 1 zu deuten sein. Aber wo ist der Zusammenhang? Betrüglicher Akkord in der Absicht, den Sponsoren und Gläubigern Vermögensbestandteile zu entziehen? Vgl. tab. Heracl. lin. 114. 115: qui sponsoribus creditoribusue suis renuntiauit renuntiauerit se soldum soluere non posse aut cum eis pactus est erit se soldum soluere non posse.

[3] Mommsen: post „filius familia" uerba „ubi contraxit" uel similia male uidentur sublata esse. Post, vielleicht ante: die Kompilatoren werden falsch abgeteilt haben. S. aber auch n. 4.

[4] Zur Itp. vgl. Biondi, a[es] nox. 63[8].

[5] Zur Itp. vgl. oben S. 168.

[6] Möglich, daß sie unrichtig ist; aber gewiß ist nicht (so Beseler I, 77) Ulp. 23 zu lesen; dagegen spricht die Folge der Inskriptionen von fr. 15 (Ulp. 21), 17 (Ulp. 22), 18 (Ulp. 23). Auch die Konjektur B.s — litigatoris statt legis — halte ich für überaus unwahrscheinlich.

[7] Vgl. oben § 59.

Ohne Zweifel haben wir es vielmehr in fr. 15 cit. (wofern die Inskription der Stelle richtig ist) mit einem speziellen Fall des litem suam facere zu tun, zu dessen Erörterung eines der Bürgschaftsgesetze Anlaß gab. Dafür spricht auch sehr entschieden der Wortlaut der Stelle; denn wenn Ulpian das litem suam facere definiert als: dolo malo in fraudem legis sententiam dicere, so wäre das als Definition des Delikts überhaupt viel zu enge (s. oben S. 168), und das „in fraudem legis" verträgt gewiß sehr gut die Deutung auf ein Urteil, das in fraudem eines bestimmten Gesetzes erlassen ist. Es läßt sich vermuten, daß man in Rom mancherlei Wege versucht haben wird, um die lästigen Beschränkungen der Bürgschaft zu umgehen, — man denke nur etwa an die Möglichkeit der Ersetzung der Bürgschaft durch Übernahme der Korrealverpflichtung. Vielleicht ist in fr. 15 cit. ein Judex zu unterstellen, der bewußt solche Gesetzesumgehung unterstützt, indem er über das Maß der lex Furia oder Cornelia hinaus verurteilt.

Zum Schluß erhebt sich die Frage, wie wir uns den auf die Bürgschaftsgesetze bezüglichen Teil des Albums ausgefüllt denken sollen. Ich stelle hierher folgende Rechtsmittel.

1. Ad legem Furiam (Ulp. 20, Paul. 24) war die Formel der ehedem durch manus iniectio pro iudicato durchgeführten Rückforderungsklage — actio legis Furiae[1] — proponiert. Gai. IV, 22, 109. Eine exceptio legis Furiae hat es m. E. nicht gegeben;[2] sie würde übrigens keinesfalls an dieser Stelle zu suchen sein, sondern unter die allgemeine Rubrik des § 279 gehören.

2. Ad legem Appuleiam (Paul. 24) hätten wir die durch dieses Gesetz eingeführte Regreßklage — Gai. III, 122 — zu suchen, freilich schwerlich im städtischen Edikt, da sonst die von Gaius l. c. erwähnte Streitfrage wohl kaum denkbar gewesen wäre.

3. Ad legem Publiliam (Paul. 24): hierher gehört die Formel der actio depensi, die bekanntlich eine actio quae infitiando in duplum crescit war.[3] Gai. III, 127, IV, 22, 171, Paul. I, 19 § 1.

4. Ad legem Cicereiam (Ulp. 21): nach Gai. III, 123 konnten auf Grund

[1] Über die Frage der Litiskreszenz vgl. Mitteis, SZ 22, 114.

[2] Anders (jedoch nur hins. der zweijährigen Befristung) die 1. Aufl., im Anschluß an Demelius, Untersuchungen 16 n. 6; für die exceptio Girard, une exc. à la div. de la l. Furia (studi Fadda II, 55f.); dagegen Appleton, SZ 26, 14f., der das scheinbare Gegenargument aus Gai. IV, 22 treffend bekämpft (S. 11ff.) und durch Girard, a. a. O. 60 n. 3 nicht widerlegt wird. Fr. 12 (46. 6) bezieht sich m. E. auf fideiussores, nicht auf sponsores; da die Verpflichtung durch sponsio nur röm. Bürgern offen stand, müssen auch prätorische Satisdationen unendlich oft durch Fidejussoren geleistet worden sein, so daß es durchaus nicht auffallen kann, wenn dem Juristen ein solcher Fall vorlag. Wie im Fall der Stelle bei Mehrheit von sponsores zu entscheiden gewesen wäre, ist mit Sicherheit nicht zu sagen: sollte es nicht Ausnahmen von der Teilungsvorschrift der lex Furia gegeben haben? Die sicher auf die Teilung ex lege Furia bezüglichen Digestenstellen deuten ebensowenig auf exceptio wie Gai. III, 121. Vgl. (46. 3) 5 § 1, 34 § 10, 37, (45. 1) 72 pr. Gegen die exceptio auch Levy, Sponsio 71 n. 1, 72 n. 1. Vgl. auch Wlassak, SZ 28, 101.

[3] Rekonstruktionsversuch ohne Halt bei Betti, atti Ven. 74², 1463.

dieses Gesetzes die angenommenen Sponsoren und Fidepromissoren innerhalb dreißig Tagen ein praeiudicium „an ex ea lege praedictum sit" verlangen. Kein Zweifel, daß dessen Formel hier proponiert war.

5. Ad legem Corneliam (Ulp. 21, Paul. 24) wäre, wenn wir dies Gesetz als lex imperfecta aufzufassen hätten, eine Rückforderungsactio zu erwarten, neben der der Prätor sehr wohl auch eine exceptio legis Corneliae (nach § 279) zur Verfügung gestellt haben könnte. Doch kann der lex Cornelia, trotz des „uetatur . . . obligari" bei Gai. III, 124, jener Charakter nicht mit Sicherheit zugeschrieben werden);[1] war sie aber perfecta, so bedurfte es eines besondern Rechtsmittels zur Durchführung ihrer Bestimmung überhaupt nicht.

6. Ad epistulam D. Hadriani (Ulp. 22, Paul. 25, Gai. 8). Dies Reskript ließ nach Gai. III, 121, Gai. 8 (46. 1) 26 die zivile Haftung unberührt und ordnete nur an, daß bei Solvenz aller Mitbürgen der Gläubiger gezwungen werden solle, die ihm an sich gegen jeden in solidum zustehende Forderung zu teilen. Dieser Zwang nun konnte nirgends anders als bei dem Prätor liegen und war im Edikt vorgesehen. Paul. sent. I, 20:

> Inter fideiussores ex edicto praetoris, si soluendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio diuidetur.

Vgl. auch C. (8. 40 [41]) 10 § 1.[2] Geübt wurde der beregte Zwang regelmäßig ohne Zweifel in der Weise, daß dem Gläubiger, wenn der belangte Bürge die Existenz und Solvenz von Mitbürgen in iure nachwies, die actio in solidum denegiert und nur actio diuisa gewährt wurde. Verweisung der Vorfrage an den iudex war möglich, aber im Edikt nicht vorgesehen, arg. (46. 1) 28:

> Si contendat fideiussor ceteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi soluendo sint".

Hiernach vermute ich, daß im Album ad epistulam D. Hadriani die Formel einer actio diuisa proponiert war. Wie diese gefaßt war, wissen wir nicht. Selbstverständlich trat die Teilung der Obligation in der condemnatio hervor. Hinsichtlich der intentio dagegen ist wohl ein Unterschied zwischen condictio certi und actiones incerti zu machen. Dort wird der Gläubiger, wofern er nicht alle Mitbürgen zusammen belangte, nur auf den Teil intendiert haben,[3] um die prozessuale Konsumption hierauf einzuschränken. Hier war ein solches minus intendere nicht möglich, und die intentio also lediglich die gewöhnliche.[4] Sollte aber nicht auch im ersten Fall die ur-

[1] Anders die 1. Aufl. Vgl. Senn, leges perfectae (1902) 117 (nach Girards Vorlesungen). Appleton, SZ 26, 43 n. 1, vermutet exceptio, aber keine actio.

[2] Verb.: ex ordine postulari solet.

[3] Gai. IV, 56. Gehört hierher vielleicht Gai. 8 (45. 1) 74? Daß diese Stelle zu dem Edikt des § 55 gehöre (Pal. I, 209[2]), scheint mir, da Gaius sonst wesentlich der Paulinischen Ordnung folgt (vgl. S. 11), weniger wahrscheinlich.

[4] Keller, L. C. und Urt. 568ff., Mandry, ZRG 8, 408. Die von Sokolowski, SZ 11, 288f., vorgeschlagenen Formulierungen sind m. E. unmöglich. S. auch Girard, manuel (6 éd.) 772 n. 5.

sprüngliche Richtung der Obligation auf das Ganze in der Formel irgendwie hervorgetreten sein?

§ 89. SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT [1]

Ulp. 24,[2] Paul. 25.[3]

Die intentio dieser actio in factum machte jedenfalls die Eigenschaft des Beklagten als agrimensor namhaft, Ulp. 24 h. t. 1 pr.:

> Aduersus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit.

Im übrigen war sie gestellt auf

> *S. p. N^m N^m . . . agri*[4] *q. d. a. modum falsum renuntiasse*[5] *dolo malo.*[6]

Von der condemnatio[7] berichtet Ulp. 24 h. t. 3 § 1:

> Competit autem haec actio ei, cuius interfuit falsum modum renuntiatum non esse.

Ob dies wortgetreues Referat oder Interpretation eines bloßen quanti ea res est ist, muß dahingestellt bleiben.

Actio noxalis — fr. 3 § 6 h. t. — wurde gewährt, war aber nicht proponiert.

Die erhaltenen Kommentarstücke beziehen sich anscheinend durchweg auf die Formel. Eine Spur doppelten Kommentars, wie wir ihn sonst fast durchgängig finden, wo der Formel ein Edikt vorausging, findet sich nicht. Es ist daher anzunehmen, daß unsere actio in factum, wie auch andere prätorische Aktionen, im Edikt nicht verheißen, sondern nur proponiert war, und damit stimmt auch der Wortlaut des oben angeführten fr. 1 pr. h. t. Allerdings heißt es in fr. 1 § 1 h. t. von dem Mensor:

> et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter uerba edicti.

Gemeint sind damit die Worte dolo malo. Allein da es im Anfang eben des fr. 1 § 1 heißt:

> haec actio dolum malum dumtaxat exigit,

so kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß hier, ganz wie in (4. 2) 14 § 11 das Wort „edicti“ eine Interpolation statt des ursprünglichen „formulae“ ist.

[1] D. (11. 6).

[2] h. t. 1, 3, 5, 7.

[3] h. t. 2, 4, 6. Fr. 6 fälschlich Paul. 24 inskribiert, ein Schreibversehen, das sich aus dem ständigen Abwechseln zwichen Ulp. 24 und Paul. 25 in diesem Titel leicht erklärt.

[4] Utiles actiones: Ulp. 24 h. t. 5 § 2, 7, Paul. 25 h. t. 6. Fr. 32 § 1 (48. 10) gehört nicht hierher, handelt überhaupt nicht von einer Privatstrafe.

[5] Ulp. 24 h. t. 1 § 2, Paul. 25 h. t. 2 pr. Vgl. C. I. L. VI, 10233 i. f.

[6] Ulp. 24 h. t. 1 § 1, Paul. 25 h. t. 2 § 1. S. auch h. t. 3 § 4.

[7] Kommentar hierzu: Ulp. 24 h. t. 3 § 1–4.

§ 90. AD EXHIBENDUM [1]

Ulp. 24,[2] Paul. 26,[3] Gai. 8(?),[4] Iulian. 9.[5]

Die Formel[6] der actio ad exhibendum ist von Demelius[7] zum Gegenstand einer ausführlichen und gründlichen Untersuchung gemacht worden, worin die gänzliche Unhaltbarkeit aller frühern Rekonstruktionsversuche[8] nachgewiesen ist, ohne daß es indes m. E. Demelius gelungen ist, seinerseits einen auch nur einigermaßen befriedigenden neuen Vorschlag zu machen. Statt aller Kritik stelle ich das, was sich über die Formel positiv ermitteln läßt, zusammen, werde aber hinsichtlich der von Demelius bereits erledigten Punkte wegen des Nähern auf diesen Schriftsteller verweisen.

1. Die condemnatio unserer Formel stimmte mit derjenigen der rei uindicatio wörtlich überein,[9] Gai. IV, 51:

> (condemnatio) . . . incerta es*t* et infinita, *uel*ut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agam*us* uel ad exhibendum: nam illic[10] ita est: QUANTI *EA* RE*S* ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N. NEGIDIUM *A. AGERIO* CONDEMNA⟨TO⟩, SI NON PARET, ABSOLUIT*O*.

2. Die Formel enthielt eine Klausel, die den Judex zur Erlassung eines Exhibitionsbefehls ermächtigte, ein „nisi oder neque arbitrio iudicis exhibebitur". Die actio ad exhibendum wird in § 31 I. (4. 6) im Katalog der arbitrariae actiones aufgeführt, und auch außerdem finden sich zahlreiche Spuren, welche nicht nur das Stattfinden des iussum de exhibendo,[11] sondern auch seine Formelmäßigkeit bezeugen, vgl. fr. 11 § 2, 17, sodann 3 § 9. 13, 7 § 4. 6, 9 § 5. 6, 11 § 1 h. t., fr. 28 § 1 (49. 1), § 3 I. (4. 17). Diese Stellen sind zwar größtenteils stark mit Interpolationen durchsetzt, auf deren Umfang hier nicht eingegangen werden kann,[12] enthalten aber dennoch genügendes Beweismaterial; auch die Kompilatoren haben ihre Hinweise auf das iussum de exhibendo gewiß nicht aus der Luft gegriffen. In Ulpians Kommentar sind fr. 9 § 5–ult., 11 h. t. der Exhibitionsklausel gewidmet.[13]

[1] D. (10. 4), C. (3. 42).

[2] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11.

[3] h. t. 10, 12, (6. 1) 42, (12. 3) 6, (40. 4) 31, (50. 16) 37.

[4] (50. 17) 133 cf. (16. 3) 33 i. f.

[5] h. t. 8.

[6] Darüber, daß diese actio nicht durch ein Edikt verheißen war, s. Wlassak, Edikt u. Klagef. 127f.

[7] Die Exhibitionspflicht (1872) 9ff.

[8] Hinzu ist später noch der von Karlowa, RG II, 445ff. getreten. Karlowa hält eine intentio „si ex arbitrio tuo Ai Ai interest rem illam sibi exhiberi" nicht nur für möglich, sondern sogar für in ius konzipiert.

[9] Demelius, a. a. O. 9–11.

[10] Wegen dieses Worts s. Demelius, a. a. O. 9 n. 3.

[11] Darüber, daß die Klausel auf exhibere und nicht auf restituere ging, vgl. Demelius, a. a. O. 43f., 58f. und Beseler I, 16f., und besonders fr. 9 § 5 i. f. h. t.: quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur. Ich hebe hervor, daß gerade bei fr. 9 § 5 (s. oben) Ulpians Kommentar zur Exhibitionsklausel selbst gelangt.

[12] Vgl. Beseler I, 1ff.

[13] Auch fr. 9 § 7. 8, 11 pr., obwohl Beseler I, 40 unten das Gegenteil für handgreiflich erklärt. Die richtige Beziehung ergibt sich

3. In der Formel war ausdrücklich gesagt, daß Besitz des Beklagten oder dolose Aufgabe des Besitzes durch ihn Voraussetzung der Verurteilung sei. Dies wird allerdings von Demelius[1] bestritten; er will die Frage der Passivlegitimation dem officium iudicis überweisen, das sich an die Exhibitionsklausel habe anlehnen können, und beruft sich dafür auf die Analogie der formula petitoria. Allein gerade die Vergleichung des Rechts dieser beiden Aktionen beweist die Unrichtigkeit der D.schen Ansicht. Bei der rei uindicatio gehört die Haftbarkeit dessen qui dolo desiit possidere nicht dem klassischen Recht an, ist vielmehr erst durch Justinian im Weg von nachweisbaren Interpolationen eingeführt worden.[2] Bei der actio ad exhibendum dagegen operierte bereits Labeo mit dieser Haftung als mit etwas ganz zweifellos Feststehendem.[3] Je enger sich nun im übrigen die actio ad exhibendum an die R.V. anschließt, was Demelius mit Recht betont, um so weniger wäre diese Abweichung begreiflich, wenn sie nicht auf einer Verschiedenheit der Formel beruhte. Ich zweifle daher keinen Augenblick, daß wir den Abschnitt Ulp. 24 h. t. 3 § 15, 5, 7, 9 pr.–§ 4 als Kommentar zu dem die Passivlegitimation ordnenden Teil der Formel aufzufassen haben, und mache namentlich noch darauf aufmerksam, mit wie großer Ausführlichkeit der Fall des dolo desiisse possidere hier behandelt ist. Und es ist ja schließlich auch leicht einzusehen, warum die actio ad exhibendum jenen Gedanken so viel früher, als er in der R.V. zur Geltung kam, formelmäßig zum Ausdruck brachte: so künstlich es ist, die dingliche actio gegen einen Nichtbesitzer zuzulassen und sie so ihres eigentlichen Charakters zu entkleiden, so natürlich ist es, die persönliche, die den Zweck verfolgte, dem Eigentümer die Vindikation zu ermöglichen, auch gegen denjenigen zu gewähren, der ihm die Vindikation durch seinen dolus unmöglich gemacht hat.[4]

4. Die eigentliche Schwierigkeit für die Rekonstruktion unserer Formel pflegt man in ihrer intentio zu finden. Demelius hielt diese Schwierigkeit für so unübersteiglich, daß er sich entschloß, seine Formel ohne in-

daraus, daß fr. 11 § 1. 2 ebenfalls noch auf die Exhibitionsklausel gehen. Im vorhergehenden handelt es sich nur um gelegentliche Bemerkungen, die alle an den Fall der exhibitio serui usucapti (fr. 9 § 6) anknüpfen. Fr. 9 § 7 betrifft die condemnatio bei der r. v. repetita die (fr. 9 § 6). Beselers Vorschläge S. 17 gehen daher fehl.

[1] a. a. O. 15 ff. Ebenso von Karlowa, RG II, 450 ff. Er beruft sich erstens darauf, daß die actio gar nicht bloß gegen den possidens gehe, sondern gegen jeden, der die facultas exhibendi habe; zweitens darauf, daß für die Passivlegitimation Besitz oder facultas exhibendi gar nicht zur Zeit der Litiskontestation, sondern nur zur Zeit des Urteils erforderlich sei. Beides ist richtig, aber beides hat sich nur im Weg einer freien Interpretation gegen den Wortlaut der Formel durchgesetzt. Die ganze Erörterung Ulpians von fr. 3 § 15 h. t. ab ist m. E. nur unter der Voraussetzung verständlich, daß er in der Formel ein „quod possidet" oder „quod possidetur" vor sich hatte, mit dem er sich auseinandersetzen mußte. In fr. 7 § 4 beachte man das vorsichtige oportere dici putamus. S. auch Partsch, l. t. praescriptio 21 n. 4.

[2] Vgl. meine Abh. Grünh. Z. 37, 534 f.

[3] Vgl. h. t. 15, (12. 4) 15.

[4] Ich kann daher das von Demelius, a. a. O. 186 ff. Beigebrachte in keiner Weise als durchschlagend anerkennen.

tentio in die Welt zu schicken, und doch liegt das Richtige so nahe, daß man, selbst ohne das vorhandene quellenmäßige Beweismaterial, darauf hätte kommen sollen.[1]

Die actio ad exhib. war in ihrem ursprünglichen Zweck, der in klassischer Zeit immer ihr Normalzweck geblieben ist, auf den Fall berechnet, daß der Belangte gegenüber einer actio in rem oder einer actio noxalis die Defension verweigerte. Dann kam es zu dem bekannten prätorischen duci uel ferri iubere. Aber duci und ferri ist ohne weiteres nur durchführbar, wenn die Streitsache in iure gegenwärtig ist. Die actio ad exhib. nun diente dem Kläger dazu, diese unerläßliche Gegenwart der Streitsache zu erzwingen, so einen Druck zur Übernahme der Defension auszuüben, eventuell das Wegführen oder Wegnehmen zu ermöglichen. Nehmen wir an, wie man m. E. muß, daß die Exhibitionspflicht zivilrechtlich anerkannt war, so ergibt sich so mit Notwendigkeit eine auf „N^m^ N^m^ A° A° exhibere oportere" abgestellte intentio.[2] Nur bleibt die Frage, was darin als Gegenstand der Exhibition bezeichnet war. Man möchte zunächst annehmen, daß die intentio einfach den Gegenstand der beabsichtigten Vindikation oder den des Delikts beschuldigten Sklaven nannte, also: s. p. N^m^ A° Stichum hominem exhibere oportere. Allein das war nicht praktikabel. Man vergegenwärtige sich nur die regelmäßige Sachlage. Es ist dem Aulus ein Sklave entlaufen oder sonst eine Sache abhanden gekommen. Er erfährt zuverlässig, daß ein Sklave, eine Sache von gleicher Beschaffenheit im Besitz des Numerius gesehen worden ist. Er ruft diesen daraufhin in ius, um den Gegenstand zu vindizieren. Hier aber erklärt Numerius — das war sicher der Normalfall der Defensionsweigerung —, daß der von Aulus vermißte Gegenstand nicht in seinem Besitze sei, daß er überhaupt keinen Gegenstand besitze, der dem Aulus gehöre. Aulus erhebt daraufhin die actio ad exhib. Nun frage ich: kann deren vorwiegend gerade auf diesen Fall berechnete Formel so gefaßt gewesen sein, daß sie dem Kläger als Vorbedingung des iussum de exhibendo den Beweis auferlegte, Beklagter besitze gerade die von Aulus vermißte Sache, z. B. den Sklaven Stichus oder einen bestimmten Ring usw., und daß sie den Judex zur Kondemnation nur für den Fall ermächtigte, daß Beklagter diese individuelle Sache nicht exhibieren werde? Eine solche Formel würde den Kläger oft, ja meistens in die übelste Lage versetzt haben, weil er i. d. R. nur mehr oder weniger starke Verdachtsgründe vorzubringen haben wird, die volle Sicherheit der Identität aber gegenüber dem Leugnen des Beklagten nur durch den Augenschein gewonnen werden kann, der eben nur durch die Exhibition zu beschaffen ist. Es muß daher, um das iussum zu erwirken, genügt haben, daß Kläger eine

[1] Das Folgende auf Grund meiner Abh. SZ 37, 116ff.

[2] A. M. neuestens H. Krüger, SZ 45, 64ff. Nach seinen Vorschlägen hätte der Besitzer eines Sklaven gezwungen werden können, auf den bloßen Kalumnieneid des Klägers hin, den Sklaven von Kleinasien nach Rom zu schaffen. Das ist mir undenkbar.

genaue Beschreibung seines Stichus usw. lieferte und Zeugen beibrachte, die erhärteten, einen dieser Beschreibung entsprechenden Sklaven usw. im Besitz des Numerius gesehen zu haben. War dieser Sklave exhibiert und erkannte ihn Kläger als den seinen, so war damit der Beklagte vor die entscheidende Frage gestellt, ob er diesen Sklaven defendieren wolle, und verneinenden Falls kam es zu dessen ductio. Gehorchte dagegen der Beklagte dem iussum nicht, so wurde selbstverständlich die Identitätsfrage nicht weiter untersucht, Numerius vielmehr ohne weiteres auf quanti ea res est kondemniert. Daraus aber ergibt sich für die Formel zwingend, daß ihre intentio, wie ich dies schon in EP^1 und EP^2 angenommen habe, eine intentio incerta gewesen sein muß, der, wie allen andern intentiones incertae, eine demonstratio vorausgegangen sein wird. Ich halte, wenn auch natürlich nicht für jedes einzelne Wort eingestanden werden kann, die nachstehende Rekonstruktion der Formel in allem wesentlichen für gesichert:

> *Quod A^s A^s Stichum hominem (flauum, limum, annorum circiter XX, natione Graecum) a N^o N^o uindicare uult, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o exhibere oportet, quod N^s N^s possidet doloue malo eius factum est quo minus possideret, nisi arbitrio iudicis exhibebitur, quanti ea res erit, t. p.* et rel.

Zur Begründung und Erläuterung sei folgendes bemerkt.

Zunächst entspricht die obige Formel genau der Reihenfolge der Materien in Ulpians Kommentar. Dieser beginnt in fr. 3 pr. § 1 h. t. mit den vortrefflich auf unsere demonstratio passenden Worten:

> In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur. (§ 1) Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.

Argumenta sind die Kennzeichen der Sache, *γνωρίσματα*, wie Stephanus ad h. l. richtig übersetzt.[1] Non utique dominum se dicit: also war der Fall beabsichtigter Vindikation das Paradigma. Diese Absicht glaubte ich in EP^1 und EP^2 durch die Wendung „Quod A^s Stichum ex J. Q. suum esse ait" wiedergeben zu dürfen, die aber nur die Eigentumsbehauptung, nicht die Vindikationsabsicht zum Ausdruck bringt; ein nostrum esse dicere ist an sich noch kein nostrum esse petere.[2] Gerade die Vindikationsabsicht bildet aber die Grundlage des Exhibitionsanspruchs,[3] und diese Worte fanden sich auch in dem nahverwandten interdictum quem fundum (unten § 248).

[1] Mit Unrecht bestritten in EP^1 und EP^2. Vgl. Beseler I, 10.

[2] Dies gegen Wlassak, SZ 42, 435[1]. 436f. In EP^1 und EP^2 ließ ich mich durch das Ritual der l. a. Sacramento und den Wortlaut der Vindikationsformel verleiten. In diesen kommt es aber in der Tat nur auf die Eigentumsbehauptung an.

[3] Nur diesen Grund bezeichnen die demonstrationes, nicht, wie Arangio-Ruiz, le form. con dem. 43 in der n. behauptet, „l'oggetto della controuersia e la pretesa dell' attore."

Daran schließt sich in § 3 (über § 2 s. die n. 6) des überlieferten Textes der Übergang zur intentio:

Est autem personalis haec actio . . .

Dieser Satz ist in seiner Fassung höchstwahrscheinlich byzantinisch,[1] in seinem Kern aber echt: Ulpian hatte, wegen des hier stattfindenden Defensionszwangs, allen Anlaß, den durch das oportet gekennzeichneten personalen Charakter der actio hervorzuheben. Und nun wird bis fr. 3 § 14 dasjenige vorgetragen, was sich an die in Verbindung mit der demonstratio betrachtete intentio knüpft. Folgt in fr. 3 § 15, fr. 5, 7 der Kommentar zu „quod Ns Ns possidet",[2] in fr. 9 pr.-§ 4 derjenige zu „doloue malo eius factum est quo minus possideret", endlich in fr. 9 § 5-ult., 11 die Erläuterung der Exhibitionsklausel.

Wir haben aber noch direktere Zeugnisse für unsere intentio: die actio ad exhibendum wird in fr. 33 (16. 3) ausdrücklich als actio incerti bezeichnet:

. . . posse . . . cum eo incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam uindicare.[3]

Allerdings sind hier die Worte „id est ad exhibendum" wahrscheinlich interpoliert[4] oder eher noch ein altes Glossem. Allein, wenn der Kompilator oder Interpret sich berechtigt glaubte, bei „incerti agere" an die actio ad exhibendum zu denken, so muß ihm diese Klage als incerti actio bekannt gewesen sein; die Stelle bleibt also für uns bedeutsam.

Paulus hat ferner im Kommentar zu der Formel die Verwandtschaft mit den andern actiones incerti ausdrücklich hervorgehoben; denn fr. 6 (12. 3) — man achte auf die Inskription Paul. 26: Paul 26 handelt ausschließlich von der actio ad exhibendum — besagt:

alias, si ex stipulatu uel ex testamento agatur, non solet in litem iurari.[5]

Ist mit dieser sonst ganz unmotivierten Heranziehung der actio ex stipulatu und ex testamento nicht das gemeinsame „quidquid oportet" geradezu handgreiflich gemacht?[6] Aber mehr noch: Paulus hat das Bedürfnis

[1] Zum Sprachgebrauch hinsichtlich des Wortes personalis vgl. Rotondi, Scritti II, 310[1], und Guarneri-Citatis Indice.

[2] Rudorff, EP § 86, hat statt „quod Ns Ns possidet" die Worte: (si ea res) penes Nm Nm est, im Anschluß an die Fassung des interdictum de tabulis exhibendis und mit Beziehung auf c. 4 h. t. Allein beides kann der Tatsache gegenüber, daß in Ulpians Kommentar das Wort possidere die entscheidende Rolle spielt, nicht in Betracht kommen.

[3] Die Art und Weise, wie sich sowohl Rudorff, RG II, § 50 n. 20, als Demelius, a. a. O. 22, mit dieser Stelle abfinden, kann in keiner Weise gebilligt werden. Actio incerti ist lediglich und allein die actio mit intentio incerta. Vgl. auch Hefke, Taxatio (1879) 87 n. 140.

[4] Pernice, Labeo III[1], 208 n. 2.

[5] Vgl. fr. 3 § 2 h. t.

[6] Auch Ulpian *scheint* die Frage der Zulässigkeit des Schätzungseids gelegentlich des „quidquid oportet" besprochen zu haben. Die darauf bezügliche Bemerkung steht ganz im Eingang des Kommentars — fr. 3 § 2 h. t. —, nicht, wie man erwarten sollte, am Schlusse bei dem „quanti ea res erit". Sie ist aber wahrscheinlich itp., Beseler I, 34. 54.

empfunden, zu erklären, warum bei den auf oportere gestellten Aktionen das iusiurandum in litem als Regel nicht stattfinde, und er definiert uns daher in ebendemselben lib. 26, wo er, wie gesagt, allein von der actio ad exhibendum handelt, das Wort oportere, vgl. fr. 37 (50. 16):

> Uerbum „oportere" non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest uel pluris uel minoris condemnare, sed ad ueritatem refertur.

Es ist klar, daß zu einer solchen Äußerung Anlaß nur dann vorlag, wenn unsere Formel das Wort enthielt.[1]

Als actio ciuilis ist unsere actio ferner bezeichnet in fr. 16 § 1 (19. 5);[2] in dieser Stelle wird die Zuständigkeit gerade speziell auch der actio ad exhibendum — vgl. fr. 16 pr. eod. — mit den Worten verneint:

> nullam iuris ciuilis actionem esse Aristo ait.

Daß sodann die Beziehung der verlangten Exhibition zum iudicium directum in der Formel zum Ausdruck kam, hat bereits Demelius a. a. O. 26ff. schlagend dargetan. Ich begnüge mich hier mit dem Hinweis auf fr. 3 § 14 h. t., wo deswegen, weil im konkreten Fall kein iudicium directum zuständig ist, die actio ad exhibendum für ausgeschlossen erklärt wird.[3] Der ganze Abschnitt Ulp. 24 fr. 3 § 3–14 h. t., mag er auch vielfach itp. sein, ist ein einziger Beweis für die Formelmäßigkeit jener Beziehung.

Eine Hauptcrux für alle Versuche zur Rekonstruktion unserer Formel bildeten früher die Stellen — vgl. insbesondere fr. 3 § 9–12, fr. 13, 19 h. t. —, die als das für die Zuständigkeit der actio eigentlich Entscheidende das bloße Interesse des Klägers an der Exhibition zu bezeichnen scheinen. Was ich in EP[1] und EP[2] ausführte, um diese Schwierigkeit zu beseitigen, trifft nicht den springenden Punkt. Hier hat Beselers Kritik (Beitr. I, 1 ff.) den Weg gebahnt. Es handelt sich hier um weitgehende Interpolationen. Ich habe zu Beselers Kritik in der SZ 37, 120f. in der Hauptsache zustimmend, mitunter modifizierend, Stellung genommen und komme hier nicht nochmals darauf zurück.

Unsere Formel besteht nach allen Seiten die Probe.[4]

[1] Man darf nicht einwenden, Paulus habe vielleicht gelegentlich unserer actio den Schätzungseid nach allen Richtungen und so nebenbei auch mit Hinsicht auf die actiones ciuiles in personam besprochen. Das wäre denkbar, wenn dem Juristen in seinem Kommentar hier der Schätzungseid zum erstenmal begegnet wäre, was bekanntlich nicht der Fall ist (actio metus causa, de dolo, hereditatis petitio, rei uindicatio usw.!).

[2] Vgl. Demelius, a. a. O. 20f.

[3] Die Zulassung einer a° i. f. am Schluß der Stelle dürfte itp. sein. Beseler I, 34.

[4] Karlowa, a. a. O. 447, und ebenso Arangio-Ruiz, a. a. O. 42², wenden gegen sie ein, auf ein „quidquid . . . oportet" habe in der condemnatio niemals ein „quanti ea res est", sondern nur ein „eius condemnato" folgen können. Richtig für die Formel mit der intentio „quidquid dare facere oportet", aber auch nur für diese. K. führt gegen eine früher von mir verteidigte Meinung, und wohl mit Recht, aus, daß „eius" den Gegenstand, nicht den Grund der Kondemnation bezeichne. „Eius condemnato" würde aber hiernach in der von mir rekonstruierten Formel den iudex angewiesen haben, auf den Wert von „quidquid exhiberi oportet" zu verurteilen, was ganz und gar nicht in der Absicht lag (man vgl. Fälle, wie die in fr. 3 § 6. 7 h. t.). „Quanti ea res erit" war hier die einzig mögliche Fassung der condemnatio.

Tit. XVI

DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM[1]

Ulp. 25, Paul. 27, Gai. 19,[2] Iulian. 10.
Der Titel zerfällt in vier oder genauer sechs Edikte (s. § 91).

§ 91. *SI QUIS MORTUUM IN LOCUM ALTERIUS INTULERIT UEL INFERRE CURAUERIT*

Ulp. 25,[3] Paul. 27,[4] Gai. 19.[5]

Ulp. 25 fr. 2 § 2 h. t.:

> Praetor ait: SI[UE][6] HOMO MORTUUS OSSAUE HOMINIS MORTUI IN LOCUM PURUM[7] ALTERIUS AUT IN ID SEPULCHRUM,[8] IN QUO IUS NON FUERIT,[9] ILLATA[10] ESSE DICENTUR . [qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur].

Über den Gegenstand der actio meldet Gai. 19 h. t. 7 pr.:

> Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit[11] aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est.

In fr. 2 § 2 h. t. sind die Worte „qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur" jedenfalls interpoliert.[12] Wahrscheinlich sind sie einfach zu streichen; denn da Ulpian die Worte „in locum alterius" schon in fr. 2 § 1 erläutert, wird er den Wortlaut des ganzen Edikts schon vorher zitiert haben.[13] Das Ediktszitat mag vielleicht schon in der Vorlage

[1] D. (11. 7), C. (3. 44). Kommentar zur Titelrubrik scheint Ulp. 25 h. t. 2 pr., (50. 16) 38 vgl. Ulp. nr. 725, ebenso Paul. 27 (50. 17) 138 pr. vgl. Paul. nr. 419.

[2] Vgl. oben S. 9f.

[3] h. t. 2 § 1 ff., 4, 6, 8 pr.–§ 4, (1. 8) 7 = h. t. 6 i. f.

[4] h. t. 3.

[5] h. t. 5, 7.

[6] Si? So die Vulgata. Siue scheint mir im Ediktstil nicht erträglich. Anders und ganz willkürlich Heineccius, ed. perp. tit. 58.

[7] Ulp. 25 h. t. 2 § 4.

[8] Ulp. 25 h. t. 2 § 5. 6 (sepulchrum monumentumue?), Gai. 19 h. t. 7 § 1. Von Biondi, studi sulle act. arb. 118[1], werden die Worte „in id sepulchrum" athetiert, vielleicht mit Recht. Vermöge des Demonstrativpronomens id könnte das folgende „in quo ius non fuerit" nur auf das sepulchrum, nicht auf den locus purus bezogen werden, während Ulpians Kommentar — fr. 2 § 7–9 — für das Gegenteil spricht. Außerdem wissen wir, daß gegen den, der unberechtigt in einem fremden sepulchrum bestattete, die actio sep. uiol. zustand. Paul. sent. I, 21, 6, D. (47. 12) 3 § 3. Hat Biondi Recht, so wären die Bemerkungen in fr. 2 § 5. 6 als von Ulpian nur gelegentlich eingestreut und bei Gai. 19 h. t. 7 § 1 die Worte „uel in sepulchrum uel" als interpoliert anzusehen.

[9] Ulp. 25 h. t. 2 § 7–9, fr. 4, 6 pr., Paul. 27 h. t. 3, Gai. 19 h. t. 5.

[10] Ulp. 25 h. t. 2 § 3.

[11] Man wird hierbei wohl an eine Restitutionsklausel zu denken haben. Karlowa, RG II, 1052.

[12] A. M. Levy, Privatstr. 67f. Aber man beachte „qui fecit" (vorher war die Konstruktion passivisch, tenetur (Präsens) — subicietur (Fut.), subicietur mit dem Ablativ.

[13] Kniep, der RG Gaius 217f., konstruiert hier wieder Verschiedenheiten zwischen prätorischem und Provinzialedikt.

der Kompilatoren an der richtigen Stelle ausgelassen und an der falschen nachgetragen worden sein. Im Edikt ist von einer „poena pecuniaria", worunter hier nur eine extraordinaria coercitio verstanden werden kann (tenetur *et*) — vgl. h. t. 8 § 2 —, gewiss keine Rede gewesen.

Nach Abschluß des Kommentars zu dem oben angeführten Edikt finden wir bei Ulpian zunächst Bericht über zwei weitere actiones in factum, Ulp. 25 h. t. 8 § 1. 2:

> Si locus religiosus pro puro uenisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, [cum quasi ex empto actionem contineat].
>
> (§ 2) Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, praetor in eum iudicium dat, si dolo fecerit et erit[1] extra ordinem plectendus, modica tamen coercitione: sed si sine dolo, absoluendus est.

Erst jetzt folgen in fr. 8 § 3. 4 Bemerkungen, die offenbar nicht auf diese Aktionen, sondern auf die aus dem erstangeführten Edikt (fr. 2 § 2 h. t.) gewährte Formel Bezug haben:

> In hac autem actione loci puri appellatio et ad aedificium producenda est. Nec solum domino haec actio competit, uerum ei quoque, qui eiusdem loci habet usum fructum uel aliquam seruitutem, quia ius prohibendi etiam hi habent.

Man möchte hiernach auf den ersten Blick glauben, daß die in fr. 8 § 1. 2 erwähnten Rechtsmittel gar nicht im Edikt proponiert gewesen seien, daß wir es vielmehr l. c. bloß mit zusätzlichen Bemerkungen des Juristen zu tun haben, und man könnte sich in dieser Annahme durch die Erwägung bestärkt fühlen, daß die actio des fr. 8 § 1 an Orten, wo man ihre Berücksichtigung erwarten sollte,[2] auffallenderweise ignoriert wird, und daß ferner der Satz des fr. 8 § 1 als Edikt aufgefaßt zwischen dem Edikt des fr. 2 § 2 und fr. 8 § 2 nicht recht an seinem Platze scheint. Indes dürfte sich das letztere Bedenken durch die Betrachtung erledigen, daß die Frage nach dem ius mortui inferendi auch die Frage nach der Bedeutung und den Folgen eines Verkaufs des locus religiosus nahelegte; und das erste Bedenken verliert dadurch an Kraft, daß in den angeführten Stellen außer vom locus religiosus auch vom locus sacer und publicus die Rede ist, so daß eine besondere Rücksichtnahme gerade auf unsern Fall unnötig und weitläufig erscheinen mochte. Die Ausdrucksweise in fr. 8 § 1. 2 h. t. spricht sehr entschieden für die Annahme, daß wir es hier mit Referaten über Ediktklauseln zu tun haben, namentlich in § 1 das „si . . . uenisse dicetur" und nachher das „actio . . . competit". Ich halte daher dafür, daß beide Klauseln als ein Anhang an die erste angeschlossen waren und daß alle

[1] Mommsen schlägt wahrscheinlich richtig vor, zu lesen: „dat: si dolo fecerit, erit et".
[2] Vgl. I. (3. 23) § 5, D. (18. 1) 62 § 1.

drei Formeln hinter ihnen zusammen proponiert waren. Eine Rekonstruktion der letztern ist mangels genügender Anhaltspunkte zu unterlassen.

§ 92. *SI QUIS MORTUUM INFERRE PROHIBITUS ESSE DICETUR*

Ulp. 25,[1] Paul. 27,[2] Gai. 19.[3]

Ulp. 25 h. t. 8 § 5:

> Ei qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset,[4] in factum actio competit . . .

Gai. 19 h. t. 9:

> . . . per quam consequetur actor quanti eius interfuerit prohibitum non esse . . .

§ 93. DE SEPULCHRO UIULATO[5]

Ulp. 25,[6] Paul. 27,[7] Iulian. 10.[8]

Die Stellung dieses Edikts (anders bei Rudorff, Bruns u. a.) ergibt sich mir aus der Tatsache, daß zwischen fr. 12 pr. (11. 7), der letzten zum Edikt des § 92 gehörigen Stelle, und fr. 12 § 2 eod., wo die Erörterung des Edikts de sumptibus funerum beginnt, eine Bemerkung steht, die ihrem Inhalt nach auf das Edikt de sepulchro uiolato hinweist. Vgl. mit fr. 12 § 1 (11. 7) Paul. sent. I, 21 § 12.

Den Wortlaut des Edikts de sep. uiol. teilt Ulp. 25 fr. 3 pr. h. t. mit:

> Praetor ait: CUIUS DOLO MALO[9] SEPULCHRUM[10] UIOLATUM[11] ESSE DICETUR, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM DABO, UT EI, AD QUEM PERTINEAT, QUANTI OB EAM REM AEQUUM UIDEBITUR, CONDEMNETUR.[12] SI NEMO ERIT AD QUEM PERTINEAT SIUE AGERE NOLET: QUICUMQUE AGERE UOLET,[13] EI CENTUM *MILIUM SESTERTIORUM*[14] ACTIONEM[15] DABO. SI PLURES AGERE UOLENT, CUIUS IUSTISSIMA CAUSA ESSE UIDEBITUR, EI AGENDI POTESTATEM FACIAM. SI QUIS IN SEPULCHRO DOLO MALO HABITAUERIT AEDIFICIUMUE ALIUD, QUAM QU*OD*[16] SEPULCHRI CAUSA FACTUM SIT, HABUERIT, IN EUM, SI QUIS EO NOMINE AGERE UOLET,[17] DUCENTORUM *MILIUM SESTERTIORUM*[18] IUDICIUM DABO.

[1] h. t. 8 § 5, 10, 12 pr.
[2] h. t. 11, (8. 6) 4.
[3] h. t. 9.
[4] Der Konjunktiv esset deutet auf eine stattgehabte Veränderung des Urtexts.
[5] D. (47. 12), C. (9. 19).
[6] h. t. 3, (47. 23) 6, (11. 7) 12 § 1; (29. 2) 16 falsch Ulp. 24 inskribiert? Cf. Paling. II, 560 n. 2.
[7] h. t. 4, (6. 1) 43, (47. 10) 27.
[8] h. t. 6.
[9] Ulp. 25 h. t. 3 § 1.
[10] Ulp. 25 h. t. 3 § 2, Paul. 27 h. t. 4, (6. 1) 43, (47. 10) 27.
[11] Ulp. 25 h. t. 3 § 3-5. Hierher auch (11. 7) 12 § 1.
[12] Ulp. 25 h. t. 3 § 8-10, Iulian. 10 h. t. 6.
[13] Ulp. 25 (47. 23) 6.
[14] D. aureorum. Vgl. Paling. praef. VII, 11.
[15] Das Wort „actionem" ist hier auffallend. Dem Sprachgebrauch des Edikts nach wäre „iudicium" zu erwarten.
[16] *Flor.* quamque.
[17] Ulp. 25 h. t. 3 § 6. Diese Stelle gehört übrigens wahrscheinlich in den Kommentar zum ersten Satz des Edikts, wo sie den Gegensatz hervorhebt; dies folgt aus ihrem Platze. Vgl. Ulp. 25 h. t. 3 § 12.
[18] D. aureorum.

Itp. ist, was angeblich Ulp. 25 h. t. 3 § 11 berichtet:

> Si seruus in sepulchro habitat uel aedificauit, [noxalis actio cessat et in eum] praetor [hanc] actionem pollicetur[1] . . .

Die Formel der actio de sep. uiol. war in bonum et aequum konzipiert,[2] d. h. die condemnatio lautete nach Maßgabe des Edikts wahrscheinlich: „quanti ob eam rem aequum iudici uidebitur Nm Nm Ao Ao condemnari". Im übrigen haben wir für die Rekonstruktion keine Anhaltspunkte: vermutlich war die Formel bloße Umschreibung des Edikts. Die „qui iudicant" in fr. 3 § 8 sind wohl als recuperatores zu denken;[3] ob aber das iudicium als recuperatorium proponiert war,[4] lasse ich dahingestellt.

§ 94. DE SUMPTIBUS FUNERUM[5]

Ulp. 25,[6] Paul. 27,[7] Gai. 19,[8] Iulian. 10.[9]

Ulp. 25 fr. 12 § 2 h. t.:

> Praetor ait: QUOD[10] FUNERIS CAUSA SUMPTUS FACTUS ERIT,[11] EIUS RECIPERANDI NOMINE IN EUM, AD QUEM EA RES PERTINET, IUDICIUM DABO.

Der Kommentar Ulpians zu diesem Edikt umfaßt fr. 12 § 3–6, 14 pr.–§ 5 h. t. Er gilt nur zum Teil den Worten des Edikts,[12] handelt vielmehr in fr. 12 § 5. 6, 14 pr.–§ 2 h. t. auch von der hier nur gelegentlich besprochenen Frage der Aufbringung der Begräbniskosten. Bei fr. 14 § 6 beginnt markant die Erläuterung der Formel mit den Worten:

> Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur.

Über sie läßt sich folgendes ermitteln.

1. Fr. 14 § 6: continet . . . funeris causa tantum impensam, [non etiam ceterorum sumptuum].[13] Ohne Zweifel ist damit der Inhalt der demonstratio gegeben, schwerlich aber die Worte; namentlich ist sehr unwahrscheinlich, daß, wie Rudorff EP § 91 annimmt, das Ediktwort sumptus in der Formel durch impensa vertreten gewesen.

2. Die Formel war in aequum konzipiert. Das wird zwar von Savigny[14] bestritten und wurde früher auch von Karlowa[15] wenigstens

[1] Hatte der Prätor den Fall im Edikt überhaupt vorgesehen, so kann er nur actio noxalis verheißen haben. Biondi, aes. nox. 192.

[2] Papin. h. t. 10.

[3] Wlassak, Prozeßges. II, 312 n. 32.

[4] So Rudorff, EP § 92.

[5] D. (11. 7), C. (3. 44) de religiosis et sumptibus funerum.

[6] h. t. 12 § 2-ult., 14, 16, 20, 22, 24, 27, 31, (21. 2) 50 cf. h. t. 12 § 6, (50. 17) 137 cf. h. t. 14 § 1.

[7] h. t. 21, 23, 25, 32, (3. 5) 24; (50. 17) 138 § 1 ist vielleicht eine hierher gehörige Nebenbemerkung (analoge Frage).

[8] h. t. 13, 29.

[9] h. t. 18.

[10] Qui?

[11] G. Dietzel, de act. funer. comm. (1853) 30, interpungiert: *Quod funeris causa sumptus factus erit eius reciperandi nomine* (i. e. animo recipiendi), *in eum* et rel. Ein m. E. durchaus unmöglicher Vorschlag.

[12] Funeris causa sumptus factus: h. t. 14 § 3-5. Zu „eum, ad quem ea res pertinet" etwa h. t. 12 § 4.

[13] Viel weitergehende Itp. nimmt Donatuti, iustus etc. (ann. Perug. XXXIII) 16 an.

[14] System II, 95 n. i.

[15] Das Rechtsgeschäft (1877) 153.

zweifelhaft gelassen, ist aber gleichwohl sicher. Der einzige Grund, den man dagegen anführt, liegt in der Tatsache, daß das Edikt, das die actio verheißt, diese Konzeption nicht erraten läßt. Allein dieser Grund ist ein Grund nur unter der Voraussetzung, daß alle prätorischen Formeln lediglich Umschreibungen der zugehörigen Ediktworte gewesen seien: diese Voraussetzung trifft aber bei sehr vielen Edikten, namentlich den ältern, zu denen das unsere seiner Fassung nach gehört,[1] keineswegs zu.[2] Daß unsere Formel wirklich in aequum konzipiert war, zeigen nicht nur die oben bereits zitierten Worte Ulpians in fr. 14 § 6 h. t., sondern schlechthin beweisend ist folgende Äußerung desselben, die fast unmittelbar auf jene Worte folgt:

> aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide . . .

Augenscheinlich liegt hier Formelauslegung vor. Unecht, aber nicht unrichtig ist fr. 14 § 13 i. f.:

> et generaliter puto iudicem . . . solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget.[3]

Eine, wenn ich so sagen darf, in ius aequum konzipierte Formel[4] war denn auch bei unserer actio gar nicht zu entbehren. Die Pflicht zum Ersatz der Begräbniskosten hat eine Reihe dem Billigkeitsrecht entnommener Voraussetzungen, die in der Formel nicht namhaft gemacht waren und kaum namhaft gemacht sein konnten. Zunächst ist die Ersatzpflicht auf das angemessene Maß von Begräbnisaufwand beschränkt; daß die Formel darüber nichts Ausdrückliches enthielt, beweist das oben angeführte fr. 14 § 6 h. t.:

> aequum autem accipitur ex dignitate eius *etc.*

Weiter ist der pietatis gratia gemachte Aufwand nicht zu ersetzen. Rudorff nimmt daher in seine demonstratio die Worte auf „(quam impensam A^s A^s) sumptus recuperandi animo (fecit)“; in der echten Formel stand nichts dergleichen: sonst würde sich Ulpian in fr. 14 § 7 auf diese und nicht auf ein Kaiserreskript berufen.[5] Ferner ist nach fr. 14 § 10 (nur z. T. itp.), wenn das Begräbnis in schmählich dürftiger Weise besorgt

[1] Dernburg in den Festg. f. Heffter 110.

[2] Man vgl. beispielsweise die Edikte de iniuriis mit der zweifellos in bonum et aequum konzipierten Injurienformel.

[3] Ulpian wird gesagt haben, der Prätor dürfe der Billigkeit folgen, da ja auch die Formelworte auf die aequitas verwiesen (vgl. Longo, studi Scialoja I, 636, bull. 17, 45 f.). Weiter geht Beseler I, 64. Vgl. noch die zum Teil ebenfalls itp. Stellen fr. 14 § 10 h. t.: iudicem qui de ea aequitate cognoscit. Fr. 14 § 13 v.: nonne aequum est. Fr. 14 § 15 v.: lucrari enim heredem iniquum est. Fr. 16 v.: aequissimum enim uisum est.

[4] Levy, Privatstr. 33[7] scheint anzunehmen, daß ich durch obige Bemerkung unsere Formel als formula in ius conc. habe charakterisieren wollen. Das vorsichtige „wenn“ hätte vor dieser Mißdeutung schützen sollen.

[5] Auch fr. 14 § 11 h. t. weist in gleicher Richtung: wozu die angeführten Autoritäten, wenn die Formel jeden Zweifel ausschloß? A. M. freilich Karlowa, RG II, 1307. In fr. 32 h. t. ist jedenfalls nicht an eine utilis funeraria zu denken; „utilem esse ei funerariam“ dürfte hier vielmehr wohl nur bedeuten: „so ist für ihn die funeraria wirksame Hilfe“. Riccobono, dal dir. rom. 254 hält die Worte für itp.

worden, der Aufwand überhaupt nicht zu ersetzen. Endlich ist, falls das Begräbnis wider Verbot des Erben erfolgte, nach fr. 14 § 13 die actio funeraria ausgeschlossen, wenn nicht überhaupt,[1] so jedenfalls in der Regel. Von alledem war in der Formel mit keinem Wort die Rede; alle diese Rechtssätze sind aber gedeckt, wenn man etwa folgende Formel annimmt:

> *Quod A^s A^s in funus L. Titii sumptum fecit,*[2] *q. d. r. a.,*[3] *quantae pecuniae aequum iudici uidebitur N^m N^m ei eo nomine*[4] *condemnari, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

In der so gefaßten Formel war es auch nicht nötig, das Verhältnis zu bezeichnen, auf Grund dessen die Ersatzpflicht des Beklagten behauptet wird: auch darüber entschied die aequitas. Die Reihenfolge der Ulpianschen Erörterungen führt zu der Annahme, daß der Jurist die Frage nach dem rechten Beklagten gelegentlich der Formelworte „N^m N^m" erledigte: wir finden die betreffenden Rechtssätze am Schlusse des Kommentars in fr. 14 § 17,[5] 16, 20, 22, 24, 27, 31 pr. h. t.

Tit. XVIII

DE REBUS CREDITIS[6]

Ulp. 26-28, Paul. 28. 29, Gai. 9, Iulian, 10. 11.

Ulp. 26 h. t. 1 § 1:

> [Quoniam igitur multa ad contractus uarios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit].[7]

Ulp. eod.:

> credendi generalis appellatio est: [ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit].

[1] Beseler I, 64.

[2] Vgl. Ulp. 25 h. t. 14 § 7: sed [interdum] is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit si . . .

[3] Da der Begriff „funeris causa sumptus factus" von Ulpian bereits gelegentlich der Erläuterung des Edikts erörtert wurde (fr. 14 § 3-5), so gilt sein Kommentar zur Formel (von fr. 14 § 6 ab) ausschließlich dem auf die demonstratio folgenden Teil derselben.

[4] Vgl. die Ediktworte „eius reciperandi nomine". Ferner fr. 14 § 6 h. t. v. „sumptus nomine".

[5] Nach fr. 14 § 17 „datur haec actio aduersus eos ad quos funus pertinet". Möglich, daß in der Formel zu N^m N^m hinzugefügt war „ad quem ea res pertinet". Dagegen wird man sich die Sache keinesfalls so vorstellen dürfen, als habe sich der Prätor prinzipiell selber die Kognition darüber vorbehalten, ob das Ersatzbegehren in hypothesi berechtigt sei. Sehr wohl vereinbar ist hiermit, daß tatsächlich die Frage, ob Beklagter in einem zum Ersatz verpflichtenden Verhältnis stehe, sehr oft schon in iure zur Sprache gekommen und vom Prätor durch datio oder denegatio actionis entschieden worden sein wird (das dat praetor in fr. 16 h. t. wird aber auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen sein: bei Ulpian schloß sich fr. 16 direkt an fr. 14 § 17 an.)

[6] D. (12. 1), C. (4. 1), Paul. sent. II, 1.

[7] Vgl. fr. Vat. 266 inscr.: Ulpianus libro I ad edictum de rebus creditis = Ulp. 26 ad edictum (12. 6) 26 § 3. Vgl. oben S. 144.

Das Eingeklammerte ist zwar höchstwahrscheinlich nachklassischen Ursprungs,[1] der Bericht aber trotzdem durchaus glaubwürdig. Aus der ausdrücklichen Nennung des Kommodats und Pignus geht hervor, daß die im Album erst erheblich später folgenden actiones depositi, fiduciae usw. nicht mehr unter dem Titel de rebus creditis standen. Die zwischen der actio pigneraticia und depositi eingeschobenen Edikte über die sog. adjektizischen Klagen verdanken diese Stellung ohne Zweifel der Auffassung als Anhang zu dem Titel de rebus creditis. Ob sie im Edikt unter besonderem Titel standen oder nicht, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung. Ich halte ersteres aber deshalb für das wahrscheinlichere, weil sonst doch fr. 1 § 1 cit. auch auf diese Edikte hingewiesen haben würde.

§ 95. SI CERTUM PETETUR[2]

Ulp. 26.[3] 27,[4] Paul. 28,[5] Gai. 9,[6] Iulian. 10.[7]

Die Rubrik Si certum petetur[8] umfaßte folgende Stücke: das Edikt über die Eideszuschiebung,[9] die Formel der condictio certae pecuniae, die dazugehörige sponsio et restipulatio tertiae partis, endlich auch die Formel oder, wenn es, wie wahrscheinlich, deren zwei gab, die Formeln der condictio certae rei. Die letzte Behauptung steht zwar im Widerspruch mit Ulp. 27 (13. 3) 1 pr.:

> Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur „si certum petetur“: qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Denn danach scheint es, daß als certum im Sinn der Rubrik nur die certa pecunia, nicht auch die certa res gegolten hätte. Allein ich halte es für zweifellos — und seit dem Erscheinen der 1. Aufl. ist das wohl allgemein angenommen —, daß wir es hier mit einer Interpolation zu tun haben. Wie hätte der Prätor die condictio triticaria, d. i. einen Fall der condictio certae rei (s. unten S. 239), aus der Rubrik „si certum petetur“ aus-

[1] Pringsheim, Festschr. Lenel 269.

[2] D. (12. 1) de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. C. (4. 2) si certum petatur, cf. C. Gregor. (3. 12). C. Theod. (2. 27), (2. 29).

[3] h. t. 1, 7, 9, 11, 13, (12. 2) 18, 23, 25, 34, (12. 4) 1, 3, (12. 5) 2, 4, (12. 6) 1, 26, (2. 14) 51, (5. 1) 61, (33. 2) 7, (42. 3) 8, (45. 1) 48, (50. 17) 41; fr. Vat. 266.

[4] (13. 3) 1, 3, (13. 1) 8.

[5] h. t. 2, 6, (12. 2) 24, 35. [1 § 4.

[6] (13. 3) 4, (50. 17) 42 cf. Paul. sent. II,

[7] h. t. 19, (12. 2) 39, (12. 4) 11, (12. 6) 20, 32, cit. h. t. 9 § 8, (12. 2) 18, 34 § 3, (12. 6) 26 § 7. 12.

[8] Naber, obs. 18 (Mnemos. 20, 180), hält die Worte „si certum petetur“ für keine bloße Rubrik, sondern für den Anfang eines Ediktsatzes, den er mit „ita formulam concipito(?)“ ergänzt. Es fehlt für eine solche Annahme jeder haltbare Grund.

[9] Im Codex steht die Rubrik „de reb. cred. et de iureiur.“ (4. 1) vor der Rubrik „Si certum petatur“ (4. 2). Daraus darf nicht geschlossen werden, daß das Eidesedikt überhaupt nicht unter unsere Rubrik gehöre, aber vielleicht, daß unter unserer Rubrik das Edikt über den Eid an der Spitze stand.

scheiden können, da doch die certa res unbestritten als certum galt[1] und schon der Gegensatz der actio incerti ex stipulatu[2] (die sog. condictio incerti lasse ich mit Rücksicht auf das in § 57 Ausgeführte beiseite) die Unterordnung der condictio certae rei unter den Begriff der condictio certi gefordert haben würde? Dazu kommt, daß Paul. 28 h. t. 6, der den Begriff „certum" mit offenbarer Rücksicht gerade auf die Rubrik „si certum petetur" erörtert, seiner Definition nach darunter ebenso die certa res wie die certa pecunia begreift.[3] Es ist ganz und gar unglaublich, daß das Edikt hinsichtlich des „certum petere" einem Sprachgebrauch folgte, der von demjenigen der gesamten klassischen Literatur abweichen würde. Vielmehr haben wir alle Ursache, dem Wortlaut von fr. 1 pr. cit. zu mißtrauen. Nicht Ulpian, die Kompilatoren sind es, die, wie nicht nur aus dieser Stelle, sondern ebenso auch aus fr. 9 pr. § 3 h. t. hervorgeht, condictio certi und condictio certae pecuniae haben identifizieren wollen. In fr. 1 pr. cit. dürften sie die Worte „si certum petetur" an Stelle der von Ulpian angeführten auf certa pecunia gestellten Formel gesetzt und den recht ungeschickten Schlußsatz ganz hinzugefügt haben. Fr. 9 cit. aber ist nicht nur, worauf ich schon in der 1. Aufl. hinwies, durch jene Identifizierung verdächtig: Stil und Inhalt der Stelle setzen, wie seither die Untersuchungen von Naber[4] und Pernice[5] erwiesen haben, auch sonst die Tatsache der Interpolation in den für uns entscheidenden Sätzen außer jeden Zweifel.[6] Sehen wir uns nach dem sonstigen Sprachgebrauch um, so finden wir den Ausdruck certi condictio in der gesamten Justinianischen Kompilation nur noch ein einziges Mal, — in fr. 12 (46. 2), wo der Satz, der ihn enthält, ebenfalls interpolationsverdächtig ist;[7] der Ausdruck certum condicere begegnet einmal, — in fr. 28 § 4 (12. 2), wo jedenfalls eine ausschließliche Beziehung auf die condictio certae pecuniae nicht erkennbar ist; der Ausdruck certi condicere ebenfalls einmal in fr. 17 § 2 (25. 2) —, er ist unlateinisch und wird überdies in der Stelle mit Bezug gerade auf eine condictio certae rei gebraucht. In

[1] Anders freilich (42. 2) 6 pr. § 1, wo die confessio certae rei anscheinend der confessio incerti gleichgestellt wird. Allein auch diese Stelle ist ganz zweifellos interpoliert oder durch Glosseme entstellt, vgl. meine Paling. II, 996 n. 2, Pernice, SZ 14, 164ff., Giffard, NRH 1905, 451ff. Wären aber die entscheidenden Worte (uel corpus ... oportere) auch echt, so würden sie doch nur beweisen, daß die confessio certae rei der confessio incerti gleichgalt, während nach fr. 1 pr. (13. 3) die certa res als Gegenstand einer condictio geradezu einen Gegensatz zum certum bilden müßte, in Wirklichkeit aber einen Gegensatz zum incertum bildet. Dies gegen Baron, Condictionen 88.

[2] Vgl. namentlich (45. 1) 74, h. t. 24: Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa [condicticia] actione id persequi debet, per quam certum petitur. Bei dem certum hier bloß an die certa pecunia zu denken, scheint mir der Tatsache gegenüber, daß auch bei stipulatio certae rei die actio ex stipulatu nicht stattfindet, schlechterdings unmöglich. A. M. Baron, a. a. O. 127.

[3] Vgl. hierzu auch Huschke, d. L. d. röm. Rts. vom Darlehen (1882) 211 f.

[4] Obs. 18 (Mnemos. 20, 182 f.).

[5] SZ 13, 250ff.

[6] So jetzt die entschieden herrschende Meinung, vgl. die bei v. Koschembahr-Lyskowski, die Condictio II, 4 n. 1 angef. Literatur.

[7] Pernice, Labeo III[1], 204.

den nicht überarbeiteten Schriften der klassischen Juristen kommt weder die certi condictio noch das certum condicere vor. Umgekehrt wissen wir, daß der eigentlich technische Ausdruck für die auf certa pecunia gerichtete condictio von den Zeiten Cäsars bis in die der letzten klassischen Juristen ein anderer — nämlich actio certae creditae pecuniae — gewesen ist.[1] Und diese Bezeichnung wiederum, die sich noch in zahlreichen Stellen der Kompilation wörtlich oder in Anklängen erhalten findet, vermissen wir merkwürdigerweise gerade da, wo die condictio certae pecuniae ex professo behandelt wird, in den Kommentaren zu dem Titel de rebus creditis, insbesondere bei Ulpian, dessen ganzes 26. Buch neben dem Eidesedikt allein dieser Klagformel in ihren verschiedenen Anwendungen gewidmet ist.[2] All dies zusammen führt m. E. notwendig zu dem Schluß: die condictio certi des fr. 9 cit. ist dem Ulpian ebenso fremd, wie die Deutung des „si certum petetur" in fr. 1 pr. cit.; die Kompilatoren waren es, die die actio certae creditae pecuniae durch ihre condictio certi ersetzten,[3] vermutlich im Anschluß an einen schon zuvor bei den Byzantinern verbreiteten Sprachgebrauch. Wie die Byzantiner die uns geläufigen technischen Bezeichnungen für die einzelnen Anwendungen der condictio geschaffen haben, bald mit bald ohne Anlehnung an Wendungen der klassischen Juristen, so verdanken wir ihnen auch die formelle Einteilung in condictio certi und condictio triticaria. Denn auch letzterer Ausdruck, den wir nirgends finden, als in dem verdächtigen fr. 1 pr. cit., ist sicherlich der klassischen Jurisprudenz als technischer Ausdruck fremd.[4]

Haben wir den Gegensatz des certum in der Rubrik nicht in der certa res der condictio triticaria finden können, so fragt sich, wo wir ihn sonst zu suchen haben. Man möchte zunächst an die sog. condictio incerti denken. Allein es findet sich in den erhaltenen Stücken der Kommentare nicht die leiseste Spur davon, daß unter dem Titel de rebus creditis die condictio incerti ex professo behandelt worden wäre; sie war wahrschein-

[1] L. Rubria c. 21, 22. Tab. Heracl. lin. 44. 45. Quinctil. IV, 2 § 6. 61; VIII, 3 § 14; XII, 10 § 70. Seneca de benef. III, 7, 1. Gai. IV, 13. 171. Tryphon. (20. 5) 12 § 1, Scaeu. (3. 3) 70, Papin. (14. 3) 19 i. f., Gordian. C. (8. 41 [42]) 2. Vgl. ferner Gai. IV, 50, Pompon. (12. 1) 8, Scaeu. (12. 6) 67 § 4, Afric. (17. 1) 34 pr., Paul. (45. 1) 126 § 2, Alex. C. (4. 30) 5. S. auch die weitern bei Voigt, Condictiones 259 n. 196, und bei Heimbach, Creditum 44 f., angef. Stellen.

[2] Allgemeines: fr. 9 pr.-§ 3. Creditum: h. t. 9 § 4-9, 11, 13, (45. 1) 48, h. t. 7. Condictio c. d. c. n. s.: (12. 4) 1, 3. Ob turpem causam: (12. 5) 2, 4. Indebiti: (12. 6) 1, 26, (2. 14) 51. Zu fr. 7 (33. 2) vgl. das unten in § 140 Ausgeführte. Daß gelegentlich auch einmal Übergriffe nach Seiten der condictio certae rei erfolgen — (12. 6) 26 § 4. 5. 7 —, beweist natürlich nichts gegen die Behauptung im Text.

[3] Andere m. E. irrige Ansichten über das Verhältnis der beiden Ausdrücke bei Heimbach, a. a. O. 553 ff., Voigt, a. a. O., Baron, a. a O. 178 f., Karlowa, RG II, 595 f., W. Stintzing, Beiträge zur röm. RG 1 ff. Alle Versuche, zwischen actio c. c. p. und condictio certae pecuniae zu unterscheiden, scheitern m. E. daran, daß unterscheidende Merkmale zwischen den angeblichen beiden Formeln nicht nachweisbar sind. S. auch Jobbé-Duval, études sur l'hist. etc. (1896) I, 78 ff., v. Mayr, SZ 24, 260 ff., v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. 39 ff. Auch aus den Resten der Ediktkommentare ist keinerlei Spur einer zwiefachen Formel ersichtlich.

[4] Vgl. Naber, obs. 19 (l. c. 184 f.).

lich im Edikt gar nicht proponiert.[1] Ist von der condictio incerti abzusehen, so fällt der Blick auf die am Schluß des Titels de rebus creditis proponierte actio commodati und pigneraticia. Allein ich glaube nicht, daß diese beiden Rechtsmittel ihren Platz unter unserm Titel dem Umstand verdanken, daß hier incertum petitur: sonst würden wir ohne Zweifel noch manches andere bonae fidei iudicium, zumal die actio depositi und fiduciae hier finden.[2] Meine Ansicht ist daher die, daß bei der Rubrik si certum petetur überhaupt nicht an einen innerhalb des Titels de R. C. liegenden Gegensatz gedacht werden darf. Der Gegensatz des si certum petetur ist einfach das gesamte Gebiet des incertum petere. Sowenig der Titel de R. C. selbst einen streng systematischen Gegensatz zu den nächstfolgenden Titeln bildet,[3] sowenig darf es wundernehmen, wenn wir innerhalb des Titels selbst Rubriken begegnen, zu denen die Gegensätze von außen her zu holen sind. Die Systematik des Edikts ist überhaupt nicht derart, daß Inkonzinnitäten solcher Art auffallen könnten.

I

Das Edikt über den Eid,[4] ursprünglich vielleicht nur für die actio certae creditae pecuniae erlassen,[5] bezieht sich in seiner schließlichen Fassung auf alle Fälle, aber auch nur auf die Fälle des „si certum petetur".[6] Ein Teil seines Wortlauts ist bei Ulpian 26 (12. 2) 34 § 6 erhalten:

> Ait praetor: *Eum a quo iusiurandum petetur, soluere aut iurare cogam.*

Das Zitat ist interpoliert. Der technische und auch allein passende Ausdruck für die Eideszuschiebung ist nicht „iusiurandum petere", sondern „deferre". Im Edikt stand, wie Gradenwitz[7] gezeigt hat, wahrscheinlich: *Eum a quo certum*[8] *petetur.* Das Zitat ist aber auch unvollständig, wie schon aus der Stellung inmitten des Kommentars hervorgeht. Das Edikt

[1] Vgl. oben S. 156f.

[2] Vgl. oben S. 39f.

[3] Vgl. oben S. 39f.

[4] Ulp. 26 (12. 2) 18, 23, 25, 34; (42. 3) 8? Paul, 28 (12. 2) 24, 35, Gai. 9 (50. 17) 42, Iulian. 10 (12. 2) 39, cit. eod. 18, 34 § 3. Vgl. Paul. sent. II, 1 § 1–4.

[5] Vgl. Plaut. Curc. IV, 2, 10, Persa IV, 3, 9, Rudens prol. 14 (dazu Partsch, SZ 31, 416 u.), Sallust. Catil. c. 25, Isidor. orig. V, 26 § 21, vielleicht auch tab. Heracl. l. 113. W. Stintzing, Beiträge 43ff, spricht umgekehrt den Eideszwang gerade der actio certae creditae pecuniae ab.

[6] Demelius, Schiedseid und Beweiseid (1887) 37ff. In EP[1] hatte ich es nur auf die actio c. c. p. bezogen. Die Anwendung auf die petitio certae rei wird von Biondi, giur. decis. (1913) 15f., aus m. E. nicht genügenden Gründen wieder geleugnet. In (12. 2) 14 gibt Paulus Beispiele, nichts weiter (diese Stelle entgegen ihrem Wortlaut vom iusiur. calumniae zu verstehen, wie mir Biondi 165 zuschreibt, ist mir niemals eingefallen). Das in pecuniariis causis bei Paul. sent. II, 1 § 1 gerade nur auf die actio c. c. p. zu beziehen, scheint mir willkürlich. Steph. in Bas. 22, 5, 34 sch. 1 beweist eher gegen als für Biondi. Und endlich die von ihm S. 18 aufgeworfene Frage hinsichtlich der Folgen der Eidesleistung erhebt sich, genau ebenso wie für die condictio certae rei, auch für das iud. operarum.

[7] SZ 8, 275.

[8] Biondi l. c. 25 unterstellt statt certum: certa pec. credita.

dürfte vorher noch der Tatsache der Delation Erwähnung getan haben: denn mit den Fragen, worüber, von wem, wem unter welchen vom Kläger zu erfüllenden Voraussetzungen der Eid deferiert werden könne und von wem im Streitfall dessen Fassung auszugehen habe, beschäftigt sich Ulpian eod. 34 pr.–§ 5 und 18 und Paul. 28 eod. 35 pr. § 1. Weiterhin aber war, ohne Zweifel in Form einer Bedingung des auszuübenden Zwangs,[1] — Ulp. 26 eod. 34 § 7 (§ 8 ist Interpolation) — auch der facultas referendi gedacht und die Folge der Ableistung, Erlassung[2] oder Verweigerung des referierten Eids geordnet. Vgl. Diocl. et Maxim. C. (4. 1) 9:

> Delata condicione iurisiurandi reus (si non per actorem, quo minus de calumnia iuret,[3] steterit) per iudicem soluere uel iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet.

Hiermit nun ist der nachweisbare Inhalt des Edikts erschöpft. Rudorff (EP § 94) zieht noch zwei Stücke hierher. Einmal die Anordnung der actio auf Grund geleisteten Eids: daß diese nicht hierher gehört, ergibt sich aus dem in § 54* Ausgeführten, wie auch aus dem Mangel entsprechender Erörterungen in den zu unserm Edikt gehörigen Kommentaren. Zweitens das bei Gell. N. A. X 15 § 31 überlieferte Ediktstück:

> Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialem in omni mea iuris dictione iurare non cogam.[4]

Daß diese Klausel zu unserm Edikt gehört, halte auch ich für nicht unwahrscheinlich: sowohl wegen der Form „non cogam", wie auch deswegen, weil unser Edikt das älteste unter den auf den Eid bezüglichen sein dürfte. Das „in omni mea iuris dictione" könnte dann Einschiebung eines spätern Prätors sein, der der Ausnahme allgemeine Beziehung geben wollte. Von Gewißheit ist trotz alledem selbstverständlich keine Rede.

Was die Art und Weise des wider den Beklagten geübten prätorischen Zwangs betrifft, so kann nur an die allgemeinen Exekutionsmittel gedacht werden:[5] wer weder zahlt noch schwört, fällt unter den Begriff „qui non uti oportet se defendit".[6] Ganz abwegig ist m. E. die Deutung, die Biondi[7] dem ediktalen cogam geben will. Er meint, das Zahlen oder Schwören sei nur ein Mittel gewesen, wodurch sich der Beklagte dem mit Durchführung der actio verbundenen Sponsionszwang (s. unt. S. 238) habe entziehen können. Diese Behauptung, nicht glaublich schon an sich (um B.s Gedanken auszudrücken, hätte der Prätor sagen müssen: ni soluet aut iurabit, sponsionem

[1] Mißverstanden hat mich Debray, NRH 1908, 362.

[2] Vgl. auch Paul. sent. II, 1 § 3.

[3] Ulp. 26 (12. 2) 34 § 4, Paul. sent. II, 1 § 2.

[4] Vgl. dazu auch die lex civ. Narb. (CIL 12, 6038) lin. 7.

[5] Namentlich nicht an Einsetzung eines iudicium. Fr. 34 § 9 (12. 2) ist eine Interpolation.

[6] Vgl. auch Paul. sent. II, 1 § 5. Es tritt hiernach also missio in bona ein. Ohne daß dem Beklagten cessio bonorum gestattet wäre? hierher Ulp. 26 (42. 3) 8? s. dagegen Wlassak bei PW III, 1998. Anders als oben wird der prätorische Zwang gedeutet von Debray, NRH 1908, 144f.

[7] a. a. O. 30, 39f.

facere cogam), wird durch B.s Ausführungen entfernt nicht bewiesen. Wenn B. (31 f.) meint, wenn die hier vertretene Ansicht richtig wäre, so hätte die a° c. c. p. überhaupt kein Anwendungsgebiet mehr besessen, so muß man erwidern: wird denn jeder Kläger dem Gegner vertrauensvoll den Eid zuschieben?[1] Näher kann auf B.s Argumentation hier nicht eingegangen werden.

2

Die Formel der actio certae creditae pecuniae[2] ist uns vollständig erhalten:

> IUDEX[3] ESTO. S. P. N^m N^m A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE,[4] IUDEX N^m N^m A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.[5]

Eine Bezeichnung der causa enthielt die Formel nicht.[6] Daß sie eine solche nicht enthalten mußte, zeigt die ganze Darstellung Ciceros in der Rede pro Roscio com. c. 4 i. f. c. 5, zeigen die zahlreichen Stellen, wo die intentio als nackte angeführt wird — vgl. z. B. Gai. III, 91, IV, 4. 18. 33. 34. 41. 64. 86. 93 —, zeigt endlich auch der Umstand, daß die Frage, welche Ansprüche im konkreten Fall vermöge der intentio certa in iudicium deduziert seien, den Gegenstand juristischer Erörterung bildete, vgl. Ulp. 26 — man achte auf die Inskription — fr. 61 pr. (5. 1).[7] Andererseits ist die Behauptung, daß die intentio die causa aufnehmen konnte, auch nicht durch eine einzige Stelle zu belegen. Man hat sich zum Beweis dafür auf Quinctil. inst. IV, 6, 2,[8] auf Gai. IV, 55 und auf fr. 18 (44. 7) berufen, welch letztere Stelle zwar unmittelbar nur von einer obligatio certae rei handle, aber einen sichern Schluß auch für die actio c. c. p. gestatte. Allein Quintilian l. c. handelt offensichtlich durchaus nicht von der Gestalt der Formel, sondern von der Art und Weise, wie die Parteien ihre Behauptungen vorzutragen haben. Die beiden andern Stellen aber beweisen zwar, was im

[1] Was Biondi, a. a. O., absurd findet, ist nach der deutschen und andern Prozeßordnungen mutatis mutandis geltendes Recht!

[2] Über Ulpians Kommentar vgl. oben S. 234 n. 2.

[3] Tab. Heracl. lin. 44. 45. Cic. pro Roscio com. c. 4 § 10. 11.

[4] Gai. IV, 41. 33. Qua de re agitur? S. einerseits H. Krüger, SZ 29, 378 f., andrerseits Bekker, SZ 30, 8.

[5] Gai. IV, 49. 50.

[6] Hauptsächlich dem Nachweis dieser Tatsache ist Barons Buch „die Condictionen" gewidmet. Gegen die obige Annahme hat sich Buhl in seiner Rezension der Baronschen Schrift (krit. Vjschr. 24, 224 f.) erklärt, dessen a. a. O. 234 f. zusammengefaßte Gegengründe mir aber nicht durchschlagend scheinen. Speziell der von Buhl betonten Gefahr einer Verkümmerung des Verteidigungsrechts durch die abstrakte Formel war durch Restitution mit Leichtigkeit zu begegnen (s. Buhl selbst a. a. O. 231), und was die von ihm hervorgehobene Schwierigkeit in der Durchführung der prozessualen Konsumtion betrifft, so haben sich, wie im Text gezeigt, mit der Beseitigung dieser Schwierigkeit die Römer selbst beschäftigt. Zustimmend Pernice, Labeo III, 212 n. 2, v. Mayr, die Condictio 129 f., 199 ff. Zweifelnd Bekker, SZ 4, 94 ff., Cornil, Tijdschr. 1924, 103. Ganz phantastisch Kappeyne v. d. Coppello, Abh. (übers. v. Conrat) 201.

[7] Der Eingang dieser Stelle bis zu dem Wort periculose ist sicher echt, das weitere verändert.

[8] Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.

Entferntesten nicht bestritten werden soll, daß die actio ex testamento auf „ex testamento dari oportere" intendierte,[1] keineswegs aber, daß auch die auf Grund einer stipulatio certi erhobene actio certae creditae pecuniae die causa nannte.[2]

3

Gai IV, 171:

. . . ex quibusdum causis sponsionem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita . . . tertiae partis.

Gai. IV, 13:

. . . periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus si temere neget, (*et*) restipulationem qua periclitatur actor si non debitum petat.

Vgl. Gai. IV, 180. 181. Cic. pro Roscio com. c. 4 § 10, c. 5 § 14. L. Rubria c. 21.

In die Digesten ist nur eine Stelle aus den Kommentaren übergegangen, die auf diese sponsio wahrscheinlichen Bezug hat: Ulp. 26 (50. 17) 41 pr. rechtfertigt den Restipulationszwang mit folgenden Worten:

Non debet actori licere quod reo non permittitur.

Vielleicht ist auch in fr. 41 § 1 eod.:

In re obscura melius est fauere repetitioni quam aduenticio lucro

mit den letzten Worten die Sponsionssumme gemeint; dies ist aber ganz unsicher, und der Zusammenhang muß dahingestellt bleiben.

Die Sponsionen lauten bei Rudorff (ÆP § 93):[3]

Si pecuniam certam creditam, q. d. a., mihi debes, eam pecuniam cum tertia parte amplius dare spondes?

Si pecuniam certam creditam, q. d. a., non debitam a me petiueris, eius pecuniae tertiam partem dare spondes?

Diese Vorschläge sind unannehmbar. Nicht das Schuldig- oder Nichtschuldigsein war die gesetzte Bedingung der Sponsion, sondern der Sieg oder das Unterliegen im Rechtsstreit:[4] also etwa „si secundum me iudicatum erit".[5] Die Sponsionssumme aber wird sowohl bei Gai. IV, 171 als bei Cic. pro Roscio com. c. 4 § 10 übereinstimmend als Teil der eingeklagten Summe bezeichnet[6] — sponsio tertiae partis, legitimae partis —: es geht

[1] Cf. § 170.

[2] S. auch Baron, a. a. O. 127 f.

[3] Der Sache nach übereinstimmend mit Rudorff sind die Vorschläge Puntscharts, grundges. Civilrecht der Römer 191.

[4] Vgl. Gai. IV, 180 v. „si causam non tenuerit". S. auch Zimmern, CP 170, Baron, a. a. O. 183.

[5] Cic. pro Roscio com. c. 5 § 14. 15. Si a L. Titio secundum me iudicatum erit? Vgl. Wlassak, SZ 9, 382 f. und gegen ihn Karlowa, RG II, 595 n. 2.

[6] Auch bei Cic. pro Roscio com. c. 5 § 14 muß es heißen: pecunia petita est certa, cuius tertia parte sponsio facta est. Die handschriftliche Lesart „cum" statt „cuius", worauf Rudorffs Rekonstruktion zu fußen scheint, ist schon aus stilistischen Gründen nicht zu halten. „Cuius" (Huschke) hat auch Kayser akzeptiert. „Cum" wird allerdings neuerdings von Karlowa, RG II, 595, verteidigt, auf dessen historische Auseinandersetzungen hier nicht eingegangen werden kann.

also nicht an, sie auf eam pecuniam cum tertia parte zu stellen. Sie ist eine reine Poenalsponsion.

4

Dürften wir dem Bericht in fr. 1 pr. (13. 3) Glauben schenken, so hätte im Album neben der condictio certi, d. h. certae pecuniae, eine „condictio triticaria" gestanden, mit der alle andern Sachen, außer certa pecunia, hätten eingeklagt werden können. Der Bericht lautet so allgemein, daß man auf Grund davon sogar behauptet hat, in der „condictio triticaria" sei nicht bloß die „condictio certae rei", sondern auch die condictio incerti inbegriffen.[1] Demgegenüber ist zu wiederholen, daß der gedachte Bericht nicht von Ulpian, sondern von den Kompilatoren herrührt und kein Vertrauen verdient. Interpoliert ist ohne Zweifel schon der der klassischen Jurisprudenz sonst fremde Ausdruck „condictio triticaria".[2] Auf Interpolation deutet weiter das „et generaliter dicendum est", das läppische „si quae sint praeter pecuniam numeratam", das „siue in pondere siue in mensura constent", wozu der Gegensatz fehlt, das schiefe „quare fundum quoque",[3] das Beispiel der stipulatio usus fructus, wodurch sich Ulpian in Widerspruch mit sich selbst setzt, — denn er schließt sich anderwärts[4] der von ihm als herrschend bezeichneten Meinung an, daß die stipulatio usus fructus eine stipulatio incerti sei. Wir werden hiernach gut tun, die Antwort auf die Frage, was das Album unter der Rubrik „si certum petetur" noch weiter enthalten habe, nicht aus fr. 1 pr., sondern aus zuverlässigeren Quellen zu schöpfen.

Da kann es denn zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß das Album eine Musterformel der hundertfach bezeugten condictio certae rei enthalten haben muß.[5] Dies folgt aus der allgemeinen Rubrik „si certum petetur", aus der Art, wie Paulus in fr. 6 (12. 1) das certum definiert, endlich aus den Kommentaren,[6] — bei Ulpian eröffnet die condictio certae rei sogar ein neues Buch. Wir werden ferner die Nachricht des Stephanus, daß der Name „condictio triticaria" von dem Musterbeispiel der alten Formel herrühre,[7] für durchaus glaubwürdig halten müssen.[8] Die Rekonstruktion dieser Formel bietet keinerlei Schwierigkeit:

[1] So Savigny, System V, 626f. Gegen ihn Rudorff, RG II, 147 n. 13, Baron, a. a. O. 113 und die 1. Aufl. 190.

[2] Literatur hierzu bei v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. 48 n. 5.

[3] Vgl. Näber, obs. 20 (Mnemos. 20, 184 f.).

[4] In (45. 1) 75 § 3.

[5] A. M. freilich, ohne ausreichende Gründe, v. Mayr, Condictio 203 ff. Siehe aber denselben, SZ 24, 276 ff.

[6] Vgl. außer (13. 3) 1 noch Ulp. 27 eod. 3, (13. 1) 8, Gai. 9 (13. 3) 4. Paul. 28 scheint nach (12. 1) 2, 6 condictio certae pecuniae und certae rei in gewissem Umfang zusammengefaßt zu haben.

[7] Schol. in Bas. XXIV, 8, 7 (Heimb. III, 43): *ἐπειδὴ ἐν τῇ κατὰ τὸ πάλαι πολιτευόμενον αὐτοῦ φορμούλᾳ* tritici *ἐνέκειτο μνήμη.*

[8] A. M. v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. 334 f. Das Gegenargument Collinets, st. Perozzi 242, scheint mir überaus schwach.

S. p. N^m N^m A^o A^o tritici Africi optimi modios centum dare oportere,[1] quanti ea res est,[2] t. p. N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Eine andere Frage ist, ob diese Formel die einzige für den Fall „si certa res petetur“ proponierte war. Sie war, wenn nicht allein, so doch hauptsächlich auf Genusschulden berechnet. Die Vermutung Nabers,[3] daß für Speziesschulden eine besondere Formel proponiert war, hat, insbesondere wenn man an den wichtigen Fall der condictio furtiua denkt, innere Wahrscheinlichkeit[4] und auch eine gewisse äußere Stütze in fr. 7 § 2 (13. 1); denn die auffallende Art, wie hier plötzlich der seruus furtiuus als Objekt der condictio furtiua hervortritt, legt den Gedanken nahe, die condictio serui sei ein Musterbeispiel des Albums gewesen, und dazu stimmt auch Ulp. 27 (13. 3) 3, wo die Frage nach dem Zeitpunkt der Ästimation augenscheinlich mit Bezug auf eine condictio serui erörtert wird.[5] Die Formel entsprach m. E. ganz der der condictio tritici;[6] auch die condemnatio ging wie dort auf „quanti ea res est“.[7]

§ 96. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET[8]

Ulp. 27,[9] Paul. 28,[10] Gai. 9.[11]

In meinen Beiträgen zur Kunde des prätorischen Edikts (1878) hatte ich die Formel der actio de eo quod certo loco zum Gegenstande einer ausführlichen Untersuchung gemacht, habe die Ergebnisse, die ich dort gefunden zu haben glaubte, aber nur zum Teile festhalten können. Für richtig halte ich sie auch heute noch hinsichtlich der intentio, nicht mehr aber hinsichtlich der condemnatio.

Die intentio ist meiner, wie der herrschenden Ansicht nach,[12] in ius zu

[1] Gai. IV, 4, vgl. (45. 1) 75 § 8 i. f., (8. 3) 19.

[2] Gai. 9 (13. 3) 4: quanti tunc cum iudicium acciperetur. Vgl. (47. 1) 2 § 3. Über fr. 3 (13. 3) s. oben den Text.

[3] a. a. O. 186.

[4] Nicht dasselbe gilt von Nabers Vermutung einer alternativ gefaßten Musterformel „s. p. hominem Stichum aut HS $\overline{X}$ dari oportere“. Sie ist unvereinbar mit (45. 1) 75 § 8.

[5] Die Stelle ist von den Kompilatoren verändert, vgl. Marchi, st. Scialoja I, 173 ff. Man beachte, wie der zuerst allgemein bezeichnete Klaggegenstand (res quae petita est) sofort zum seruus wird (mortis tempus), dann wieder zur res und wieder zum seruus. Desgleichen deutet die Beziehungslosigkeit des „in utroque“ und „in his“ g. E. der Stelle auf Eingriff der Kompilatoren; ich möchte vermuten, daß der Jurist hier gerade die Fälle der beiden Musterformeln im Auge hatte.

[6] Karlowa, RG II, 781, meint, in der intentio der condictio furtiua sei die causa angegeben gewesen. Dagegen entscheidet m. E. schon Gai. IV, 4: ut . . . *etiam* hac actione teneantur.

[7] Fr. 2 § 3 (47. 1): „iudicii accipiendi tempus“. Das (s. n. 5) stark interpolierte fr. 3 (13. 3) (*v.* condemnationis tempus) gestattet, gegenüber jenem bestimmten Zeugnis, keinen Schluß auf „quanti ea res erit“. Das „quanti ea res est“ unterlag aber einer freien Auslegung; so erklärt sich fr. 8 pr. § 1 (13. 1) und was an fr. 3 cit. echt sein mag. In fr. 8 pr. cit. halte ich die Schlußworte „aestimationis . . . potest“ für interpoliert.

[8] D. (13. 4), C. (3. 18).

[9] h. t. 2, 4.

[10] h. t. 5, 7, (12. 6) 27.

[11] h. t. 1, 3.

[12] A. M. Cohn, die sog. actio de eo q. c. l. (1877) 129f. Zweifelnd: Savigny, System V, 132 n. o, Bekker, Aktionen II, 133 n. 8, Brinz, Pandekten II, 333 (2. Aufl.).

konzipieren, vor derjenigen der condictio nur durch den Zusatz des Erfüllungsorts ausgezeichnet:

S. p. N[m] N[m] A[o] A[o] decem Ephesi dare oportere.[1]

Für diese Fassung spricht,[2] außer dem Zeugnis des Theophilus,[3] fürs erste die Natur der Sache: ein Grund zu weiterer Veränderung der intentio der condictio lag nicht vor; fürs andere die Rubrik des Digestentitels (13. 4) „de eo quod certo loco dari oportet"; weiter der Umstand, daß das agere mit unserer actio als agere adiecto loco und im Gegensatz dazu die intentio der condictio als pura bezeichnet wird;[4] endlich entscheidend fr. 2 § 7 h. t.: denn hier wird die Zuständigkeit der condictio und folgeweise auch der actio de eo q. c. l. gerade darauf gegründet, daß im Fall der Stelle liberatio non contigit, d. h. daß das zivile dari oportere fortdauert, — es muß also dies dari oportere intentionsmäßige Voraussetzung unserer actio gewesen sein.[5]

Hinsichtlich der condemnatio war ich a. a. O.[6] unter Verwerfung aller frühern Rekonstruktionsversuche zu folgender Hypothese gelangt:

iudex arbitratu tuo N[m] N[m] A[o] A[o] c. s. n. p. a.

Die Grundlage dieser Vermutung war mir der Bericht Ulpians in fr. 2 § 8 h. t.:

Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem . . .

Darin erblickte ich den Beweis, daß die Berücksichtigung des klägerischen

[1] Auf diese intentio geht Ulp. 27 h. t. 2 § 1–7: Ephesi fr. 2 § 1–4, dari fr. 2 § 5, oportere fr. 2 § 6. 7.

[2] Vgl. zu dem Folgenden: Lenel, a. a. O. 65 ff.

[3] Zu § 33 I. (4. 6).

[4] I. (4. 6) 33[c], Gai. IV, 53[c], D. h. t. 2 § 3.

[5] Nicht widerlegt durch Cohn, Jenaer Lit. Ztg. 1878, 687, vgl. auch Puntschart in GrünhZ 6, 620. Anders wird fr. 2 § 7 cit. verstanden von Cohn, actio de eo q. c. l. 131 ff.; ich glaube, trotz der neuerlichen Ausführungen Cohns, krit. Vjschr. 24, 32 f., die Auslegung dieses Schriftstellers in meinen Beiträgen 68 f. überzeugend widerlegt zu haben. In fr. 2 § 7 cit. sind die Worte atque ideo . . . interest allerdings itp.; dadurch wird aber die Richtigkeit des im Text Gesagten nicht in Frage gestellt.

[6] S. 70 ff. Daselbst auch Verzeichnis der verschiedenen Ansichten. Hinzuzufügen Treptow, z. Lehre v. d. actio de eo q. c. l. diss. (1875) 29, Leoni, de eo q. c. l. d. o. 1893 (in der ital. Bearbeitung von Glücks Kommentar), Karlowa, RG II, 1364 ff., Gerh. Beseler, das edictum d. e. q. c. l. (1907), Biondi, dottr. dell' a[o] arb. (1911) 15 ff., Arangio-Ruiz, bull. 25, 130 ff., bes. 181 ff., gegen ihn wieder Biondi, bull. 26, 16 ff. Gegen letztere beiden Schriftsteller richtet sich meine Abh. SZ 37, 121 ff., auf die ich verweise. Unannehmbar m. E. auch Segrè, mél. Gir. II, 566[2]. Beseler läßt die actio arbitraria nur die condictio certae pecuniae vertreten. Für die obligatio certae rei nimmt er zwar ebenfalls eine intentio adiecto loco an, dahinter aber die gewöhnliche condemnatio auf q. e. r. e. (S. 48 ff.). Das widerspricht dem klaren Zeugnis in § 33[c] I. de act., welche Stelle B. daher in dem entscheidenden Passus für Justinianisch erklärt. B. beruft sich auf Iulian. (12. 1) 22 und Gaius (13. 3) 4. In beiden Stellen fällt auf, daß die Frage, ob pure oder adiecto loco geklagt sei, und die der etwaigen plus petitio gar nicht berührt, die Ästimationsfrage vielmehr so behandelt wird, als ob auf die Fassung der intentio gar nichts ankomme. Ich weiß den Widerspruch nicht zu lösen. Mein früherer Lösungsversuch (es sei in den beiden Stellen an eine bloße formlose Vereinbarung über den Erfüllungsort gedacht) befriedigt nicht. Vgl. gegen ihn Arangio-Ruiz, a. a. O. 131 ff.

Ortsinteresses bei unserer actio allein durch die Wissenschaft durchgesetzt worden, in der Formel also nicht ausdrücklich vorgesehen gewesen sei; ich fand dies bestätigt durch § 33[c] I. (4. 6), wo, bei Erwähnung unserer actio, nur davon die Rede ist, daß der Richter das Ortsinteresse des Beklagten berücksichtigen dürfe, und ich suchte nun eine Formel, die dem iudex „die Berücksichtigung der utilitas promissoris ermöglichte, ohne die der utilitas actoris — die Neuerung des Labeo — auszuschließen",[1] eine Formel, die natürlich überaus unbestimmt ausfallen mußte.[2] Allein diese ganze Argumentation ruht auf schwachen Füßen. Zunächst leidet die versuchte Fassung der condemnatio an starker innerer Unwahrscheinlichkeit. Dachte der Prätor, wie ich annahm, bei Einführung unserer actio wirklich nur daran, dem Beklagten die utilitas loci zu wahren, so ist es kaum glaublich, daß er seine Absicht in der Formel nur so überaus unklar angedeutet hätte. Jene Fassung ermangelt aber genau besehen auch der äußern Stütze. Sieht man vorerst von den beiden angeführten Stellen ab, so führen die Quellen entschieden auf eine condemnatio, die ausdrücklich die Berücksichtigung des beiderseitigen Interesses als zulässig erscheinen ließ. Es hat einen durchaus formelmäßigen Anstrich, wenn es in c. un. h. t. von unserer actio heißt:

> in qua uenit aestimatio quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solui.

Wenn wir nun fast derselben Wendung in D. h. t. 8 begegnen:

> quanti eius uel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solui . . .,

desgleichen mit Bezug auf das Ortsinteresse des Beklagten in fr. 2 § 8 h. t.:

> si interfuisset rei Ephesi potius soluere quam eo loci quo conueniebatur[3] . . .;

wenn ferner Ulpian an die Spitze seiner Erörterungen — fr. 2 pr. h. t. — den Satz stellt:

> Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: [quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fit][4] . . .:

wenn man diese zusammentreffenden Zeugnisse überblickt, so wird man, meine ich, zweifelsohne geneigt sein, die Worte der c. un. cit. zur Richt-

[1] a. a. O. 77.

[2] Dem Sinne nach stimmt mit der oben erwähnten Formulierung auch die von Naber, obs. 87 (Mnemos. 30, 320), vorgeschlagene Fassung der condemnatio überein: quanti id nomen Romae esse arbitratus eris, *rel.* Sie wird daher auch ebenso wie jene von den oben angef. Gegengründen betroffen.

[3] Vgl. auch fr. 15 i. f. (16. 2): „quanti Titii interfuerit eo loco quo conuenerit pecuniam dari". Das vorhergehende „quanti mea interfuit" ist itp. Vgl. Beseler, a. a. O. 92, Biondi, studi 29 f., und meine Abh. SZ 37, 127[1].

[4] *Flor.* fiat. Wie weit man der Echtheit des mit quod si beginnenden, lediglich umschreibenden Satzes trauen soll, kann hier dahingestellt bleiben. S. SZ 37, 123[3]. Der Eingang der Stelle ist jedenfalls ganz unverdächtig. A. M. Naber, a. a. O. 321.

schnur für die Rekonstruktion der condemnatio zu nehmen, wofern es gelingt, jene anscheinend widersprechenden Berichte damit zu vereinbaren. Dies scheint mir nun nicht allzu schwer. Zunächst § 33^{c} I. (4. 6) behandelt unsere actio nicht nach allen Seiten hin, sondern nur als ein Mittel, eine Schuld mit bestimmtem Erfüllungsort anderwärts ohne die Gefahr der plus petitio loci einzuklagen; da nun die Folgen der plus petitio loci der Rücksicht auf das Ortsinteresse des Beklagten entspringen, so war es nur natürlich, daß der Institutionenverfasser, indem er unsere actio erwähnte, zugleich betonte, daß hier jenes Ortsinteresse nicht etwa beiseite gesetzt werde, sondern nur in anderer Weise zu seinem Rechte komme; auf das mögliche Ortsinteresse des Klägers einzugehen, hatte er keinerlei Veranlassung.[1] Was aber die vorhin angeführten Worte des fr. 2 § 8 h.t. betrifft:

> Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem . . .„

so gestatten diese eine Auslegung, die weit entfernt die Annahme einer auf „quanti alterutrius interfuit" gestellten condemnatio zu widerlegen, dieselbe vielmehr wesentlich unterstützt. Julian wird m. E. in dieser Stelle nicht als bloße Autorität, sondern als Ediktredaktor genannt, der in dieser Eigenschaft eine an dem ältern Formeltext geübte Kritik Labeos[2] berücksichtigte. Daß diese Auslegung möglich ist, sich mit den Worten sogar ganz vortrefflich verträgt, wird niemand bestreiten können.[3] Dann aber hätten wir hier einen Bericht über die geschichtliche Entwicklung des Formeltexts vor uns, der die Formelmäßigkeit des quanti alterutrius interfuit geradezu belegen würde.

Die Formel, zu der wir auf Grund des bisherigen gelangen müßten, leidet augenscheinlich immer noch an einer gewissen Unbestimmtheit: der Geschworene wird angewiesen, seiner Abschätzung das Interesse einer der Parteien zugrunde zu legen; es wird ihm aber nicht gesagt, wonach sich bestimmen soll, ob das der einen oder das der andern. Dies Bedenken, wenn es eines ist, bringt mich auf das große Rätsel unserer actio, auf die Frage, warum und in welchem Sinne die Quellen sie als arbitraria bezeichnen.[4] Arbitrariae actiones sind nach § 31 I. de action. diejenigen, „in quibus, nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, . . . condemnari debeat," diejenigen also, bei denen der Kondemnation ein Satisfaktionsbefehl des Geschworenen vorausgehen muß, dessen Befolgung jene abwendet.[5] Trotz dieser Definition und trotzdem in § 31 I. cit. selbst unsere

[1] Hierzu (gegen Biondi) SZ 37, 126.

[2] Solche Kritik hat Labeo auch sonst geübt: (42. 1) 4 § 3, (47. 10) 15 § 26.

[3] Von einer andern Korrektur des älteren Edikttextes durch Julian berichtet, worauf Gradenwitz, SZ 24, 247 n. 1, hinweist, Ulpian in (13. 6) 1 § 1. Zu fr. 2 § 8 cit. vgl. noch SZ 37, 125f. (gegen Biondi und Arangio-Ruiz).

[4] I. (4. 6) 31. 33^{c}, D.h.t. 2 pr. § 8, 4 § 1, 5, 7, 10, (13. 5) 16 § 1. In einzelnen dieser Stellen mag die Bezeichnung itp. sein, in allen sicher nicht.

[5] Auf Levys (SZ 36, 1ff.) ganz andersartige Auffassung des Begriffs, die ich nicht teile, kann hier nicht eingegangen werden.

actio unter den Beispielen der arbitrariae aufgezählt wird, habe ich mich schon in meinen Beiträgen mit der Annahme eines solchen Satisfaktionsbefehls und der entsprechenden Formelklausel nicht befreunden können,[1] weil mir alle bisherigen Versuche, diesem iussum Inhalt und Richtung zu geben, total verunglückt schienen. In der Tat bin ich auch heute nicht anderer Meinung und glaube zu den Argumenten, die ich dort gegen die von der früher herrschenden Meinung[2] beliebte Formelklausel „nisi ea pecunia . . . Ephesi soluetur" (oder wie die Formulierung sonst lauten mag) beigebracht habe und die ich nach wie vor für entscheidend halte,[3] noch ein neues hinzufügen zu können, und zwar ein sehr erhebliches. Hätte nämlich der iudex wirklich ein iussum als letzte Aufforderung, am bestimmten Erfüllungsorte zu leisten, erlassen, so hätte, meine ich, auch die Interesseberechnung dieser Aufforderung entsprechend eingerichtet sein müssen, d. h. der iudex hätte der Interesseberechnung den in der fruchtlos gebliebenen Aufforderung bezeichneten oder subintelligierten Leistungstermin zugrunde legen müssen, die condemnatio hätte lauten müssen „quanti alterutrius intererit Ephesi solui, condemnato". Statt dessen weisen umgekehrt eine ganze Reihe von Stellen in ganz unzweideutiger Weise vielmehr in die Vergangenheit zurück. So vor allem c. un. h. t.:

> in qua uenit aestimatio, quod alterutrius interfuit . . .

So ferner fr. 2 § 8 h. t.:

> ut, si interfuisset rei . . ., ratio eius haberetur . . .

und

> actoris habuit rationem, cuius potuit interesse . . .

und

> in hanc arbitrariam quod interfuit ueniet . . .

[1] S. auch Cohn, actio de eo q. c. l. 135 f. Windscheid, Pand. § 46 n. 4, Brinz, Pand. (2. Aufl.) II, 333 n. 30.

[2] Vgl. wieder Puntschart, a. a. O.

[3] Was Puntschart a. a. O. in bezug auf fr. 4 § 1 h. t. ausführt, berührt dieselben gar nicht. Auch die anderweiten Vorschläge, die neuerlich von Dernburg, Pand. 1 § 133 n. 2, Ubbelohde, Interdikte II, 28 f., Karlowa, RG II, 1368, Gradenwitz, SZ 24, 238 ff. gemacht worden sind, kann ich nicht für glücklich halten. Dernburg meint, das iussum habe den Beklagten i. d. R. dazu aufgefordert, die richterlich ermittelte Schätzungssumme am Klageort zu zahlen, und auf eben dies kommt auch die Rekonstruktion von Gradenwitz hinaus. Hiergegen spricht m. E. entscheidend die Erwägung, daß, wenn einmal der Judex die Schätzungssumme festgestellt hat, schlechterdings nicht abzusehen ist, warum er nicht zur Vermeidung aller Weiterungen sofort darauf kondemniert. Wenn er dem Beklagten sagt: „gib 99, sonst verurteile ich dich auf 100", so wird der Beklagte, falls er kann, natürlich die 99 zahlen (Gradenwitz, 245); eben darum aber ist es nicht glaublich, daß die Formel dem Judex ein iussum solchen Inhalts zur Pflicht machte, statt ihn sofort zur Kondemnation auf 99 zu ermächtigen. Dernburg vermutet, das iussum habe den Zweck gehabt, dem Beklagten die Vermeidung der poena tertiae partis zu ermöglichen. Aber zu unserer actio arbitraria paßt die sponsio (und restipulatio!) tertiae partis ganz und gar nicht (a. M. Arangio-Ruiz a. a. O. 164); sie wird hier auch nirgends erwähnt. Ubbelohdes Vermutung steht und fällt mit seiner Auffassung des iussum de restituendo überhaupt, die m. E. weder den Quellen entspricht noch praktikabel ist.

So ferner fr. 8 h. t.:

quanti eius uel actoris *interfuerit* . . .

und

quanti actoris intersit eam pecuniam Capuae *solutam esse* . . .

Weiter § 33^c I. (4. 6):

. . . utilitatis quae promissori competitura *fuisset* . . .

Endlich fr. 15 (16. 2):

quanti Titii *interfuerit* . . .

Diesen übereinstimmenden Quellenäußerungen gegenüber geht es m. E. nicht an zu leugnen, daß mit dem Moment der erhobenen arbitraria actio die Möglichkeit anderwärts als am Klagort zu leisten regulärerweise ihre Endschaft erreicht hat;[1] sie kommt nur noch als *gewesene* Möglichkeit in Betracht.

Läßt sich nun für eine Satisfaktionsklausel durchaus kein befriedigender Inhalt finden, so begreift sich andererseits der Name „arbitraria actio" von selbst, und ohne daß wir der Formel irgendeinen weiteren Zusatz geben, durch die von uns gefundene Gestalt ihrer condemnatio. Vermöge des Worts alterutrius stellt diese condemnatio es in das Ermessen (arbitrium) des Judex, das Interesse welcher der beiden Parteien er bei der Ästimation berücksichtigen wolle, und diese Wahlfreiheit bei der Ästimation ist die Ursache, der die actio ihren Namen verdankt. Allerdings entspricht diese Erklärung nicht der Definition der Institutionen. Allein wer die Stellen, in denen unsere actio als arbitraria bezeichnet ist, aufmerksam liest, kann gar nicht darüber zweifeln, daß die Bezeichnung hier in unsern Quellen in anderm Sinne gebraucht ist als sonst. Bezeichnen die Juristen einmal gelegentlich eine andere actio als arbitraria — sie tun dies nicht eben besonders häufig —, so wollen sie ihr damit lediglich eine bestimmte Eigenschaft zuschreiben, die sie mit andern teilt: sie ist arbitrarisch, wie sie zivil, honorarisch, in rem, in personam, in ius oder in factum konzipiert ist. Für unsere actio dagegen, für die die Bezeichnung häufiger vorkommt, als für alle andern actiones arbitrariae zusammengenommen,[2] ist „actio arbitraria" der speziell für sie technische Name: sie ist nicht *eine*, sie ist *die* actio arbitraria.[3] Daraus folgt aber, daß, was *sie* zur actio arbitraria macht, nicht das sein kann, was noch einem Dutzend anderer Formeln diese Eigenschaft verleiht, und diese Folgerung wird durch fr. 3 und fr. 8 h. t. direkt bestätigt: denn nach diesen Stellen kann der Name nur daher

[1] Ausnahmsfälle vielleicht vorbehalten. Aber fr. 4 § 1 h. t. ist kein zuverlässiges Zeugnis, vgl. *Beseler* I, 65.

[2] Außer unserer actio wird in den Dig. überhaupt nur die actio metus causa einmal arbitraria genannt: (4. 2) 14 § 4. Weiter s. noch fr. de form. Fab. § 1 und D. (22. 1) 3 § 1.

[3] Auch bei Stephan. in Bas. LX, 10, 6 (Heimbach V, 430): ἀρβιτράριος τύπος. Die Klassizität der Bezeichnung für unsere actio bestreitet *Arangio-Ruiz*, bull. 25, 130f. Gegen ihn *Biondi*, bull. 26, 16f., *Lenel*, Festschr. Sohm 221f.

rühren, daß bei unserer actio „aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur". Wie nun aber endlich diese actio arbitraria in das Verzeichnis der actiones arbitrariae in § 31 I, (4. 6) hineingeraten ist, das ist wahrlich nicht schwer zu erklären: die Institutionenverfasser haben einfach den Beispielkatalog, den sie in ihrer Vorlage fanden, nach eigenem Ermessen vervollständigt, und was lag ihnen, denen die klassischen Formeln zur gleichgültigen Antiquität geworden waren, näher, als diejenige actio, die den Namen geradezu als technischen führte, in das Verzeichnis aufzunehmen? Es ist schwerlich ein Zufall, daß Theophilus, der sonst dem Institutionentext so genau folgt und auch zu § 31 I. cit. alle andern dort aufgeführten Beispiele von actiones arbitrariae erläutert, gerade hier unsere actio mit völligem Stillschweigen übergeht:[1] er wird bei ihr mit dem iussum ebensowenig anzufangen gewußt haben wie wir. Auf Justinianische Hand deutet auch in § 31 cit. die Wendung „qua id quod certo loco promissum est", die das hier unentbehrliche dari wegläßt.[2]

Die genaue Formulierung der condemnatio muß dahingestellt bleiben. Rudorff (EP § 96) schlägt vor

> quanti arbitratu tuo alterutrius interfuerit Ephesi potius quam Romae dari.

Diese condemnatio würde den Judex angewiesen haben, nicht etwa bloß die durch das Ortsinteresse bedingte Differenz gegenüber dem Nominalbetrag der Schuld bei der Abschätzung in Rechnung zu ziehen,[3] sondern einfach einzig und allein auf diese Differenz zu verurteilen, was ein recht sonderbares Ergebnis wäre.[4] Dem Sinne nach kann vielmehr offenbar die condemnatio nur folgendermaßen gelautet haben:

> *N^m N^m A^o A^o decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solui, tanto pluris minorisue*[5] *c. s. n. p. a.*[6]

Auf eine derartige Fassung wird sich bezogen haben, was Ulpian im Originaltext von fr. 2 § 8 h. t. gesagt haben mag:

> Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat seruire an uel excedere uel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius soluere quam eo loci quo conueniebatur, ratio eius haberetur.

So wie wir die Stelle jetzt lesen, ist sie von Ulpian freilich nicht geschrie-

[1] Er erwähnt sie erst bei § 33 und ohne die geringste Andeutung ihrer Eigenschaft als arbitraria.

[2] Beseler, das Edikt d. e. q. c. l. 75. Durch das in Anführungszeichen zu denkende „Ephesi aut Capuae" in fr. 2 § 3, auch § 4 h. t., kann die Ausdrucksweise in § 31 cit. nicht gestützt werden.

[3] Rationem habere: I. (4. 6) § 33 c, D. h. t. 2 § 8, C. h. t. 1.

[4] Meine Beitr., 74 n. 17. Dennoch wieder mit Rudorff: Beseler, a. a. O. 90 ff.

[5] Glaubt man wegen des Namens arbitraria die Worte „arbitrio iudicis" nicht entbehren zu können, so möge man sie hier einschieben.

[6] Ähnlich schon Unterholzner, Schuldverhh. I, 355, worauf ich durch Biondi, studi 3[3], aufmerksam wurde.

ben;[1] denn wie auch die condemnatio gelautet haben mag, der Jurist muß hier darauf aufmerksam gemacht haben, daß die Formel es war, die den Judex in die Notwendigkeit versetzte, zu erwägen, ob er an der Kontraktssumme festhalten oder auf mehr oder weniger kondemnieren solle, und eben die darauf bezüglichen Worte dürften die Kompilatoren gestrichen haben.[2] Jedenfalls aber war es Sache des officium iudicis, sich zwischen den drei Möglichkeiten, die ihm die Formel bot, zu entscheiden. —

Über das unserer actio etwa voraufgehende Edikt fehlen uns alle Quellenbelege. Ich glaubte seinerzeit[3] eine Andeutung darüber in den Worten des § 33^{c} I. (4. 6) gefunden zu haben:

> Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit . idque etiam praetor monstrat,[4] scilicet quia utilitas soluendi salua est promissori.

Allein, wie ich mir jetzt die Formel denke, können diese Worte ebensomehr auf den Wortlaut dieser letztern bezogen werden, und so scheint es mir am vorsichtigsten, sich hinsichtlich des Edikts jeder Vermutung zu enthalten. Möglich, daß die actio überhaupt nur proponiert und nicht durch Edikt verheißen war.

§ 97. DE PECUNIA CONSTITUTA[5]

Ulp. 27,[6] Paul. 29,[7] Iulian. 11.[8]

Das Edikt de pec. constit. läßt sich aus den Kommentaren, namentlich dem Ulpians, und den sonstigen Berichten im wesentlichen sicher wiederherstellen.

Direkt bezeugt sind uns bei Ulp. 27 fr. 1 § 1 die Worte:

QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT.

Erläutert sind sie in fr. 1, 3, 5, 7, 11 h. t. und zwar Qui in fr. 1 § 1–3, constituit in fr. 1 § 4, pecuniam debitam in fr. 1 § 5–8, 3, 5,[9] 7, 11 h. t. Das Wort

[1] Vgl. zu dieser Stelle SZ 37, 123f.; aus dem überlieferten Text Folgerungen zu ziehen (wie Naber, a. a. O. 319f.), ist bedenklich. S. auch Gradenwitz, a. a. O. 249f.

[2] Ulpian kann als Beispiel zu dem „excedere uel minuere quantitatem" kein solches gegeben haben, das bloß zu dem minuere paßt. Vielleicht war im Originaltext vor „ut, si" auf die alte Fassung der Formel hingewiesen, und Ulpian fuhr dann fort: Iulianus autem *etc.* SZ 37, 125f.

[3] Meine Beiträge 60.

[4] Den Passus idque . . . monstrat hält Naber, a. a. O. 320 (s. auch Arangio-Ruiz, a. a. O. 178[1]) für itp., m. E. ohne hinreichenden Grund. Statt praetor vermute ich formula.

[5] D. (13. 5), C. (4. 18).

[6] h. t. 1, 3, 5, 7, 11, 14, 16, 18, (12. 2) 36, (42. 1) 56, (42. 2) 5, (46. 2) 11 — Frage, ob durch constitutum delegiert werden könne, wie fr. 28 h. t. hinsichtlich des receptum —, (50. 16) 182 — Konstitut eines vermeintlichen Gewalthabers de peculio cf. h. t. 1 § 8.

[7] h. t. 4, 8, 10, 13, 15, 17, 19, 21. Auch Paul. 6 breu. h. t. 22.

[8] h. t. 2, 23, cit. h. t. 5 § 3. 6.

[9] Fr. 5 § 4ff. sind ein durch fr. 5 § 2. 3 veranlaßter Exkurs.

debitam speziell ist zweifellos ediktal und darf nicht mit Rudorff[1] durch creditam ersetzt werden.

In fr. 14 pr. fährt Ulpian fort:

> Qui autem constituit se soluturum, tenetur, siue adiecit certam quantitatem siue non.

Kein Zweifel, daß die hervorgehobenen Worte ebenfalls ediktal sind. Bruns[2] hat gezeigt, daß in dem Sprachgebrauch der Zeit, der unser Edikt entstammt, das Wort constituere mit dem bloßen einfachen Akkusativ des Objekts nicht vorkommt, daß vielmehr stets die Bezeichnung der zugesagten Handlung folgt. Die Worte se soluturum esse sind nun in bezug auf das juristische Konstitut geradezu typisch. Vgl. fr. 2, 3 § 2, 4, 5 pr. § 1. 4. 5. 6, 8, 11 pr., 13, 14 pr., 18 § 1, 19 § 2, 21 pr. § 2 h. t., Paul. sent. II, 2 § 1, I. (4. 6) § 9. Offenbar sind sie im obigen kommentiert.

In fr. 14 § 1. 2 folgen bei Ulpian Bemerkungen über Fälle, wo jemand konstituierte „se pignus daturum" oder „certam personam fideiussuram pro se". Sie sind nicht mehr Kommentar zu den Worten „se soluturum esse". Wir werden sofort unten bei Betrachtung der Formel sehen, daß diese nicht bloß auf das Solutionskonstitut eingerichtet war, sondern die Möglichkeit eines Konstituts auch anderweiten Inhalts voraussetzte, das daher ohne Zweifel auch in dem einleitenden Edikte erwähnt war. Welchen Inhalts, darüber belehrt uns Paul. 29 h. t. 21 § 2:

> Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem . si quis autem constituat se satisdaturum (satisfacturum *scr.*?), fideiussorem uel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.

Also ein Konstitut se satisdaturum oder wohl genauer se satisfacturum esse (vgl. Nov. 115 c. 6) war vorgesehen, und es leuchtet sofort ein, daß fr. 14 § 1. 2 Erläuterungen zu diesen Worten enthalten.[3]

In fr. 14 § 3 schließt Ulpian durch Betonung der Formlosigkeit des Constituts die Betrachtung der ediktalen Voraussetzungen der actio und gibt sodann in fr. 16 pr. § 1 Bemerkungen über die Frage, gegen wen und wo die Klage erhoben werden könne, Bemerkungen, die wir unbedenklich auf das „in eum iudicium dabo" des Edikts beziehen dürfen; und so erhalten wir, indem wir dem Kommentar Schritt für Schritt gefolgt sind, folgendes Edikt:

> QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT *se soluturum*[4] *eoue nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo.*

[1] EP § 97. Die Vermutung von Bruns, auf die sich Rudorff beruft, geht nicht auf das Hadrianische, sondern auf das „älteste Edikt über das Konstitut". Siehe ZRG 1, 49.

[2] ZRG 1, 31 ff. 45.

[3] Für tribonianisch hält die Satisfaktionsklausel Arangio-Ruiz, le genti (1914) 56, mit unzureichender Begründung.

[4] Vom dies constituti war im Edikt nicht die Rede: arg. h. t. 21 § 1.

Hierzu wird man mit Rücksicht auf Gai. IV, 171

... sponsionem facere permittitur ... constitutae ... pecuniae partis dimidiae

und Gai. IV, 180 (restipulatio!) noch eine Klausel, betreffend sponsio und restipulatio, hinzuzufügen haben, etwa:

partisque dimidiae sponsionem et restipulationem facere permittam.[1]

Und endlich enthielt das Edikt noch eine weitere, in EP[1] übersehene, Bestimmung: über den Eideszwang.[2] Die Existenz dieser Klausel, deren Inhalt der der Eidesklausel im Edikt „si certum petetur" entsprochen haben wird, geht hervor aus fr. 14 (12. 2), wo der Eid de pecunia constituta auf einer Linie mit dem de pecunia credita erscheint, und ferner aus dem Bericht des Stephanus:[3]

... ὁ νεκεσσάριος ὅρκος σήμερον ἐπὶ παντὸς πράγματος χώραν ἔχει, καί οὐχ, ὥσπερ τὸ παρὸν, ἐπὶ τινῶν, οἷον ἐπὶ τῇ εἰ κέρτουμ πράκτουμ (πετάτουρ scr.) καὶ τῆς πεκουνίαε κονστιτούταε.

Auf diese Klausel wird Ulp. 27 (12. 2) 36, vielleicht auch (42. 2) 5 und (42. 1) 56 zu beziehen sein.

Was in Ulpians Kommentar von fr. 16 § 2 ab folgt, hat offensichtlich nichts mehr mit dem Edikt zu tun: es ist Kommentar zur Formel,[4] und wir sind hier in der glücklichen Lage, daß uns von dieser, wenngleich entstellt, ganze Stücke erhalten sind. Es kommen folgende Stellen in Betracht.

1. Ulp. 27 fr. 16 § 2 h. t.:

   Ait praetor: si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse neque per actorem stetit, quo minus fieret quod constitutum est.

2. Ulp. 27 h. t. 16 § 4:

   Haec autem uerba praetoris „neque fecisse reum quod constituit" ...

3. Ulp. 27 h. t. 18 pr.:

   Item illa uerba praetoris „neque per actorem stetisse" ...

[1] Vgl. h. t. 1 pr. v. „quoniam graue est fidem fallere". S. auch h. t. 25 pr.

[2] Vgl. Demelius, Schiedseid und Beweiseid 68. A. M. freilich W. Stintzing, Beiträge zur röm. RG 43 f., dessen Auslegung des im Text zitierten Scholions schwerlich jemanden überzeugen wird. Zu fr. 14 (12. 2) bemerkt der von Stintzing angeführte Cujaz (opp. ed. Neap. V, 44) das Gegenteil von dem, wofür Stintzing ihn zitiert.

[3] In Bas. XXII, 5, 34 (Heimb. II, 559).

[4] Bruns, a. a. O. 46, meint, daß die Kompilatoren überhaupt „schwerlich eine Erläuterung über die längst abgekommene Formula aufgenommen haben würden". In Wirklichkeit haben sie das, wie in gegenwärtigem Werk nachgewiesen, so häufig getan, daß es mir überflüssig scheint, Beispiele anzuführen. Irrig auch Wlassak, Edikt und Klageform 92 f. Für verunglückt muß ich auch den Versuch Huschkes (ArchzivPr. 65, 251 n. 9) halten, die oben besprochenen Fragmente in das Edikt einzuschweißen. Ganz in der Luft schwebt die Formelrekonstruktion bei Kappeyne v. d. Coppello, Abh. (übers. von Conrat) 230.

4. Ulp. 27 h. t. 18 § 1:
   Quod adicitur: „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse“ . . .
5. Paul. 29 h. t. 17:
   Illa uerba „neque fecisset“ . . .

Es gilt zunächst, die obigen voneinander mehrfach abweichenden Referate miteinander kritisch zu vereinbaren. Keinem Bedenken kann es unterliegen, wenn wir das „fecisset“ in der 5. Stelle auf Grund der 1. und 2. in „fecisse“, desgleichen, wenn wir das unerträgliche „stetit“ der 1. auf Grund der 3. in „stetisse“ verwandeln. Ferner dürfte das „neque fecisse“ der 1. Stelle schwerlich so kahl dagestanden haben, wie wir es dort lesen, und es ist gewiß gerechtfertigt, auf Grund der 2. zu ergänzen: neque fecisse quod constituit.[1] Die 1. Stelle läßt die letzten Worte weg, weil das Schwergewicht des dortigen Zitats, wie wir aus der Erläuterung in fr. 16 § 3 sehen, lediglich auf den Worten „neque per actorem stetisse“ liegt, das Vorhergehende daher nur summarisch, mit Auslassung des nicht absolut Notwendigen, angeführt wird.

Immer bleibt das Stück intentio, das wir auf Grund dieser Emendationen erhalten, noch sehr auffallend, ja unerträglich:

> Si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse quod constituit neque per actorem stetisse quo minus fieret quod constitutum est.

Woher das „si appareat“ statt des solennen „si paret“? Wie sonderbar das „eum qui constituit“: ist es glaublich, daß das eigentliche Klagfundament, der Abschluß des Konstituts, nur in einem Relativsatz ausgesprochen gewesen sein soll und daß hinter dem constituit das im Edikt ausgedrückte „se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse“ fehlte? Und endlich, was soll das „neque soluere“ vor dem „neque fecisse“?[2]

Von allen diesen Bedenken ist am leichtesten das letzte zu beseitigen, obwohl gerade dieses früher für die ärgste crux gegolten hat. Die Einschiebung des neque vor soluere wird auf einem Abschreiberversehen beruhen, das sich sehr einfach aus dem sogleich nachher zweimal folgenden und darum dem Schreiber im Kopf liegenden „neque“ erklärt. Bei Ulpian hieß es: si appareat(?) eum, qui constituit soluere, neque fecisse usw. Des fernern ist wiederholt darauf aufmerksam zu machen, daß fr. 16 § 2 h. t. durchaus kein auf Vollständigkeit Anspruch machendes Zitat ist: damit ist ohne weiteres erklärt, warum die Grund- und Hauptbedingung der Kondemnation, das „s. p. Nm Nm . . . constituisse“ hier fehlt. Endlich aber und hauptsächlich ist die Frage aufzuwerfen, ob denn das gedachte Zitat auch in dem,

[1] Das Wort reum ist Verdeutlichungszusatz des Juristen oder der Kompilatoren; vielleicht stand ursprünglich, aus dem Anfang der Formel rekapituliert, „Nm Nm“.

[2] Karlowa, RG II, 1375, nimmt gleichwohl in seine Formel wieder unbedenklich ein „s. p. Nm . . . neque soluere neque fecisse quod constituit“ auf!

was es gibt, als wortgetreues Abbild der Formel gelten darf. Wie soll der Konjunktiv „si appareat“, um von dem untechnischen Wort selber abzusehen, in die Formel kommen? Freilich scheint das einleitende „ait praetor“ ein wörtliches Zitat anzudeuten. Allein eben dies „ait praetor“ ist offenbar nicht von Ulpian selbst, der hier die Formel kommentierte, geschrieben, sondern, wie auch weiterhin das „uerba praetoris“ in fr. 16 § 4 und fr. 18 pr., Fabrikat der Kompilatoren.[1] Diese, die einen Kommentar zur Formel nicht als solchen rezipieren konnten, suchten durch diese naheliegenden Interpolationen den ursprünglichen Gegenstand des Kommentars zu verhüllen. Ganz in der gleichen Weise geben sie in fr. 14 § 11 (4. 2) die Restitutionsklausel der Formel für „uerba edicti“ aus. Ich vermute daher, daß, wo wir jetzt „ait praetor“ lesen, bei Ulpian auf den Inhalt der Formel hingewiesen war, der dann in indirekter Rede folgte, etwa so:[2]

> [*Notandum est formulae uerbis iudicem ita condemnare iuberi,*] si appareat eum qui constituit *rel.*

Durch diese, wie mir scheint, einleuchtende Annahme erklärt sich nicht nur das „si appareat“, sondern auch das unmögliche „stetit“ in dem Zitat des fr. 16 § 2: die Kompilatoren machten hier einen verunglückten Versuch der Umsetzung des Ulpianschen Texts in direkte Rede. Jene Annahme löst aber auch alle noch übrigen Rätsel der intentio. So aufgefaßt bietet nämlich die Stelle für die Formelmäßigkeit der Worte „eum qui constituit soluere“ kein unanfechtbares Zeugnis mehr dar: Ulpian kann sehr wohl auf diese Weise den eigentlichen Anfang der Formel kurz zusammenzufassen gesucht haben. Dann aber bleibt uns von der ganzen Formel als authentisch überliefert nichts übrig als die Worte:

> . . . NEQUE FECISSE QUOD CONSTITUIT NEQUE PER A^m A^m STETISSE QUO MINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST EAMQUE PECUNIAM CUM CONSTITUEBATUR DEBITAM FUISSE.

Zu ergänzen bleibt die erste Hälfte der intentio, die das „s. p. N^m N^m constituisse“ enthielt und, wie aus dem folgenden absichtlich farblosen „neque fecisse quod constituit“ hervorgeht, ohne allen Zweifel beide möglichen Arten des Konstituts — Zahlungs- und Satisfaktionsversprechen — berücksichtigte; sie wird gelautet haben:

> *S. p. N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia constituisse se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse.*

Zu ergänzen bleibt ferner die condemnatio, die, wie Bruns[3] dargetan hat, auf „*quanti ea res est*“ ging: auf sie bezieht sich Ulp. 27 h. t. 18 § 2. 3.

[1] A. M. Beseler I, 81. Auch in der Formel spreche der Prätor. Allein eben dies ist nicht richtig.

[2] Vgl. etwa lex Rom. tab. Bant. lin. 10: iubetoque eum, sei ita pariat, condumnari populo; auch Cic. in Verr. II 3, c. 22 § 55: dabat iste iudicium, si pareret iugera eius fundi plura esse quam colonus esset professus, tum uti Xeno damnaretur. Andere und ebenfalls mögliche Erklärung bei Beseler I, 81.

[3] a. a. O. 59ff. Nicht widerlegt durch

Neben Edikt und Formel enthielt das Album ohne Zweifel auch das Formular der sponsio und der restipulatio. Kommentar über dieses letztere ist begreiflicherweise nicht überliefert. Die wahrscheinliche Fassung ergibt sich aus dem § 95 (S. 238) Bemerkten. Rudorff verfällt auch hier in die gleichen Fehler, wie bei der sponsio de certa credita pecunia.

§ 98. COMMODATI [UEL CONTRA][1]

Ulp. 28,[2] Paul. 29,[3] Gai. 9,[4] Iulian. 11.[5]

Ulp. 28 fr. 1 pr. h. t.:

Ait praetor: QUOD QUIS COMMODASSE[6] DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO.

Gai. IV, 47:

... ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, uel*u*ti ... commodati.

Ulpian behandelt zunächst die formula in factum concepta, die bis auf die hier wegfallenden[7] Worte dolo malo durchaus der von Gaius für das Depositum mitgeteilten entsprach:

S. p. Aᵐ Aᵐ Nᵒ Nᵒ rem q. d. a. commodasse[8] *eamque Aᵒ Aᵒ redditam non esse,*[9] *quanti ea res erit, tantam pecuniam* et rel.[10]

Nach völliger Erledigung dieser Formel beginnt Ulp. 28 in fr. 5 § 2 h. t. mit den Worten

Nunc uidendum est, quid ueniat in commodati actione ...

G. Beseler, das Ed. de eo q. c. l. 104ff., der für den Fall der pecunia constituta eine condemnatio certa annimmt. Danach würde in diesem Fall der Vorteil des constitutum für den Kläger i. d. R. nur in der Möglichkeit der sponsio dimidiae partis gelegen haben, von der er wegen der gefährlichen restipulatio gewiß nicht immer Gebrauch machte. Rudorff stellt die condemnatio auf „tantam pecuniam et eius pecuniae dimidium", wegen der sponsio dimidiae partis. Allein gerade diese sponsio selbst scheint mir zu beweisen, daß die Kondemnation der Formel nicht auf das Anderthalbfache gestellt war.

[1] D. (13. 6), C. (4. 23). Das in der Kodexrubrik fehlende „uel contra" der Digestenrubrik ist unlateinisch und dürfte auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen sein; ebenso in den rubr. (13. 7), (16. 3), (17. 1). Vgl. Partsch, Studien z. NG 8f., an dessen byzant. ἀμοιβαία ἀγώγη ich freilich nicht glaube.

[2] h. t. 1, 3, 5, 7, (46. 3) 27 cf. h. t. 3 § 1, (19. 5) 17 cf. h. t. 5 § 11, (19. 2) 5 cf. (19. 5) 17 pr., (17. 2) 43, (50. 17) 43, — zu § 1 vgl. h. t. 7 § 1; doch kann fr. 43 cit. auch zur actio pigneraticia gezogen werden.

[3] h. t. 2, 15, 17.

[4] h. t. 18.

[5] cit. h. t. 5 § 8, (19. 5) 13 § 1, (12. 4) 3 § 5 vgl. Ulp. 28 (19. 5) 17.

[6] Ulp. 28 h. t. 1 § 1.

[7] Das Gegenteil nehmen mit Rücksicht auf h. t. 3 § 5 Keller, Institutionen 116, und Karlowa, RG II, 562 an. Allein die Erwähnung des „dolus earum personarum" in dieser (übrigens nicht unberührten) Stelle findet ihre Erklärung in dem Gegensatz „domini uel patris fraus". Herr und Vater haften nicht bloß wegen des dolus jener, sondern auch wegen des eigenen, und freilich nur wegen des eigenen dolus, nicht wegen jeder culpa (s. § 107).

[8] Hierher Ulp. 28 h. t. 1 § 2, 3 pr.

[9] Ulp. 28 h. t. 3 § 1, (46. 3) 27.

[10] Zur condemnatio: Ulp. 28 h. t. 3 § 2–6, 5 pr. § 1. Fr. 3 § 6 scheint auf das „redditam non esse" zurückzugreifen (Rückgabe einer gleichartigen Sache schließt die Kondemnation nicht aus).

eine bis fr. 5 § 10[1] sich erstreckende Erörterung über das quid ueniat, d. h. eine Erörterung, die sich bei den formulae in ius conceptae durchweg an die intentio anzuschließen pflegt und die wir mit allem Recht als der formula in ius concepta gewidmet ansehen dürfen. Anhaltspunkte für deren Rekonstruktion bietet der Kommentar nicht. Man wird aber schwerlich fehlgehen, wenn man sich diese Formel völlig übereinstimmend mit der ex causa depositi konstruiert denkt, die bei Gai. IV, 47 überliefert ist. Die Zeugnisse dafür, daß unsere actio zu den bonae fidei iudicia zählte, — § 28 I. (4. 6), D. h. t. 3 § 2[2] und (17. 2) 38 pr. — sind allerdings erst Justinianisch; aber das ganze Recht der actio commodati stellt auch für die klassische Zeit ihren Bonae-fidei-Charakter außer Zweifel.[3] Den Schriftstellern, die ihr diesen Charakter bestreiten, vermag ich auf keine Weise beizutreten. Arangio-Ruiz[4] will, obwohl er die Möglichkeit, daß die Formel die Klausel ex f. b. enthalten habe, zugibt, sie gleichwohl nicht als b. f. actio gelten lassen; das scheint mir nicht glaublich. Levy[5] seinerseits spricht der Formel jene Klausel ausdrücklich ab. Ohne diese Klausel aber wird das Aufkommen der formula in ius conc. neben der i. f. für mich unerklärlich. Man konnte, als die neue Formel aufkam, den Geschworenen in aller Ruhe anweisen, bei seiner Entscheidung die b. f. zur Richtschnur zu nehmen, wie ja auch heute in einem Schiedsvertrag vereinbart werden kann, der Schiedsrichter solle nach Treu und Glauben statt nach dem BGB. entscheiden.[6] Aber woher sollten Kläger und Prätor die Zuversicht nehmen, daß der Geschworene sich befugt halten werde, ein oportere schlechtweg, d. h. ein iure oportere, zu bejahen, das doch bis dahin im geltenden Recht keine Anerkennung gefunden hatte?[7] Wenn die actio commodati in dem Gaianischen Verzeichnis der b. f. iudicia fehlt, so wird sich ihr Fehlen daraus erklären, daß die Vorlage, der Gaius diesen Katalog entnommen hat, einer Zeit entstammt, wo die formula in ius conc. aus Kommodat noch nicht im Album stand.[8]

Die Formel der contraria actio, wovon Paul. 29 h. t. 17 § 1. 3. 5 und Gai. 9 eod. 18 § 2–4 handeln, ergibt sich durch einfache Umstellung der

[1] Den Schluß des Ulpianischen Kommentars — h. t. 5 § 11–ult., 7 — bildet ein Traktat über besondere Fälle, wo sei es die Haftung ex commodato überhaupt oder die Strenge oder der Umfang dieser Haftung mehr oder minder zweifelhaft war. Hierher gehört auch fr. 17 (19. 5) und fr. 5 (19. 2) cf. S. 252 n. 2.

[2] Die Stelle, die im Kommentar zur formula in factum concepta steht, ist sicher interpoliert, vgl. Longo, sopra alc. generalizz. in den studi Moriani, S. A. 5 f., Segrè, sull' età d. giud. di b. f., studi Fadda VI, 336 n. 2. Ich vermute, daß Ulpian geschrieben hatte: In hac actione similiter ac si in ius concepta formula agatur *rel.*

[3] Segrè, l. c. 335 ff.

[4] Le form. con. dem. (1912) 20 f.

[5] SZ 36, 1 ff.; Konkurrenz II, 52 ff.

[6] Dadurch gaben die Parteien den Geboten der b. f. unter sich rechtliche Anerkennung, und es ist durchaus verständlich, daß man, als die Formel sich durchgesetzt hatte, in ihr eine formula in ius conc. erblickte.

[7] Gegen Levy auch Kübler, SZ 38, 75 f.

[8] So zuerst Segrè, st. Fadda VI, 339 ff. Nicht annehmbar scheint mir, aus paläographischen Gründen, der Vorschlag Biondis, iud. b. f. 264 ff., den Katalog durch Hinzufügung unserer actio zu ergänzen.

Namen in der demonstratio der formula in ius concepta. Wahrscheinlich war im Edikt die contraria für sich allein gar nicht proponiert, sondern neben der direkten intentio nur die intentio für directa und contraria zusammen.[1] Sonst würde Paul. fr. 17 § 1 h. t. kaum bemerkt haben:

> Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.

Nicht folgen kann ich aber der Meinung Partschs,[2] wonach der Ausdruck „iudicium contrarium" gar nicht die Formel der sog. actio contraria bezeichnet hätte, sondern gerade die auf Verurteilung beider Parteien berechnete Formel.[3]

§ 99. DE PIGNERATICIA ACTIONE [UEL CONTRA][4]

Ulp. 28,[5] Paul. 29,[6] Gai. 9,[7] Iulian. 11.[8]

Das Edikt de pign. act.[9] ist uns nicht erhalten.

Hinsichtlich der Formeln läßt sich aus den Kommentaren, in erster Linie dem Ulpians, soviel ermitteln, daß als Bedingungen der Zuständigkeit der directa actio folgende genannt waren:

1. daß A^s A^s dem N^s N^s rem q. d. a. „pignori dedit" und zwar um einer Geldschuld willen, — „ob pecuniam". Ulp. 28 h. t. 9 pr.–§ 2. Vgl. (12. 2) 13 § 5, (3. 5) 31 [32] pr. i. f.

2. daß omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse. Ulp. 28 h. t. 9 § 3–5, 11,[10] C. h. t. 11.

3. „aut per N^m N^m stetisse quominus solueretur."[11] Paul. 29 h. t. 20 § 2, C. (8. 30 [31]) 3, C. h. t. 12. Nicht hieß es „quo minus solueretur satisue fieret": Gai. 9 h. t. 10.

Haben wir uns nun diese Bedingungen als den Inhalt einer intentio in factum concepta oder als den der demonstratio einer formula in ius concepta zu denken? Rudorff (EP § 100) nimmt letzteres an; es ist aber ohne Zweifel ersteres richtig. Für eine formula in ius concepta würde eine demonstratio „Quod A^s A^s . . . pignori dedit" vollkommen genügen, ja einzig angemessen sein, da nur die Verpfändung und nicht die Schuldtilgung der

[1] Nicht überzeugende Gegengründe bei Biondi, b. f. iud. 92. 149ff.

[2] Stud. z. NG (Heidelb. Sitzgsber. 1913) 54ff.

[3] Zu eingehender Begründung meiner Gegnerschaft ist hier nicht der Ort. Zu Cic. de off. 3, 70 stehe ich wie Bethmann-Hollweg, CP II, 283[33]: „quid... oporteret" *muß* m. E. zu statuere gezogen werden, das isoliert kaum zu verstehen wäre. In den juristischen Quellen findet sich m. W. keine einzige Stelle, worin die Möglichkeit einer Verurteilung des Beklagten im iud. contr. auch nur entfernt angedeutet wäre.

[4] D. (13. 7), C. (4. 24). Vgl. S. 252 n. 1.

[5] h. t. 9, 11, 13, 15. Fr. 13 ist fälschlich Ulp. 38 inskribiert.

[6] h. t. 14, 16, 18, 20, (21. 2) 36 — zu der Erörterung in fr. 18 § 3 h. t. gehörig —. Vgl. auch Paul. 6 breu. h. t. 21.

[7] h. t. 10, 12, (20. 1) 9, (20. 6) 2.

[8] h. t. 28, cit. (20. 5) 7 pr., (13. 6) 3 § 5.

[9] Cf. fr. 1 § 1 (12. 1) v. „praetor . . . de pignore edixit".

[10] Fr. 11 § 6. 7 sehe ich als einen durch fr. 11 § 5 veranlaßten Exkurs an.

[11] A. M. Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 318 n. 20. Aber B.s Argument aus fr. 20 § 2 h. t., einem

Grund der Haftung — des dare facere oportere — des Gläubigers ist. Eine formula in factum concepta dagegen mußte alle jene Voraussetzungen der Verurteilung aufzählen, und daneben noch:

4. die Bedingung „eamque rem redditam non esse", die wir denn in der Tat bei Ulp. 28 h. t. 13,[1] 15, d. h. unmittelbar hinter den oben angeführten Voraussetzungen kommentiert finden.

Folgende Rekonstruktion der Formel dürfte sich hiernach schwerlich sehr von der Wahrheit entfernen:

> *S. p. A^m A^m N^o N^o rem q. d. a. ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per N^m N^m stetisse, quo minus solueretur, eamque rem A^o A^o redditam non esse, quanti ea res erit,* et rel.

Ob wir neben dieser in factum konzipierten Formel noch eine zweite in ius konzipierte anzunehmen haben, die wir uns nach dem in § 98 Ausgeführten nur als Bonae-Fidei-Formel denken könnten,[2] ist bestritten.[3] Für die Bejahung entscheidet nicht,[4] daß die pigneraticia in dem Justinianischen Verzeichnis I. (4. 6) § 28 unter den b. f. iudicia erscheint; auch nicht, daß es eine contraria pigneraticia gibt, da auch diese in factum konzipiert gewesen sein könnte;[5] auch nicht, daß in fr. 13 pr. h. t. gesagt ist: ob hanc conuentionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, — denn dieser Plural ist schwerlich klassisch, die actio pigneraticia war nur eine, auch wenn es mehrere Formeln für sie gab. Umgekehrt darf die obige Frage auch nicht deshalb verneint werden, weil uns eine b. f. Formel in den Kommentarresten nicht begegnet und weil unsere actio in dem Gaianischen Verzeichnis der b. f. iudicia fehlt, — hier gilt eben dasselbe, was in § 98 über die actio commodati gesagt ist. Die Entscheidung ist daher nicht unzweifelhaft. Für die Bejahung fällt aber m. E. die Analogie der actio commodati ins Gewicht; es wäre wunderbar, wenn zwar diese, nicht aber die nächstverwandte actio pigneraticia eine b. f. Formel erhalten hätte. Und ferner besteht auch kein Grund, dem ausdrücklichen Zeugnis in C. h. t. 6, einem Reskript Alexander Severs, zu mißtrauen.[6] Zweifel sind trotzdem nicht ausgeschlossen.

Bestritten ist auch, ob es für die in den Quellen mehrfach erwähnte

aus dem Zusammenhang gerissenen Satz, ist an sich schwach und wird durch c. 3 cit. entscheidend widerlegt.

[1] Fr. 13 § 1 h. t.: Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, uenit et custodia. Darum „redditam non esse" schlechtweg und nicht: dolo malo Ni Ni redditam non esse.

[2] Die Stellen, die den Anschein erwecken, als ob auch i. f. konzipierte Formeln als b. f. iudicia hätten gelten können, sind itp. Wegen (13. 6) 3 § 2 s. oben S. 253 n. 2, wegen (16. 3) 1 § 23 s. Gradenwitz, Interpol. 106.

[3] Dagegen Biondi, iud. b. f. 233 f. Gegen eine b. f. Formel Levy, SZ 36, 1 f. Konkurrenz II, 53. 67[5]. 101. Zweifelnd Arangio-Ruiz, le form. con dem. 18 f.

[4] Hier und im folgenden abweichend EP[1] u. EP[2].

[5] So in der Tat Biondi, a. a. O. 94 ff.

[6] Segrè, st. Fadda VI, 348 meint, ohne Anführung von Beweisen, es sei non inverosimile, daß das Reskript sich im Urtext auf die fiducia bezogen habe; bei Levy,

actio pigneraticia contraria[1] nur eine formula i. f. concepta oder doch auch eine solche gab oder nicht. Ich lasse die Frage dahingestellt und bemerke nur, daß die für das Alleinbestehen einer formula i. f. concepta vorgebrachten Beweise[2] m. E. in keiner Weise zureichen.

§ 100. DE COMPENSATIONIBUS[3]

Ulp. 28,[4] Gai. 9.[5]

Gai. IV, 64 (vgl. 65–68):

> Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: nam is cogitur cum conpensatione agere, et ea conpensatio uerbis formulae exprimitur: adeo quidem, u*t* ab initio conpensatione facta minus intendat sibi dar*i* oportere: ecce enim si *sestertium* decem milia de*b*eat Titio atque ei uiginti debeantur, sic intendit: SI PARET TITIUM SI*BI* DECEM MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM I*PSE* TITIO DE*B*ET.

Hiernach lautete die ganze Formel ohne Zweifel:

> S. P. N^m N^m A^o A^o SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM A^s A^s N^o N^o DEBET,[6] *IUDEX N^m N^m A^o A^o SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.*

Die spätere Entwicklung des Kompensationsrechts — I. (4. 6) § 30 — bleibt für uns außer Betracht.

SZ 36, 25 erscheint diese Vermutung bereits als eine auf Segrè gestützte bestimmte Behauptung. Biondi, a. a. O. 240, erklärt die Stelle, m. E. ohne ausreichenden Grund, für itp.

[1] Ulp. 28 h. t. 9 pr., Paul. 29 h. t. 16 § 1. Vgl. ferner h. t. 1 § 2, 3, 31 (?).

[2] Biondi, a. a. O. 94 ff. Was das Argument aus (13. 7) 3 angeht, so kann ich mir überhaupt keine Fassung einer formula i. f. conc. ausdenken, die es ermöglicht hätte, in dem ganz exzeptionellen Fall der Stelle damit vorzugehen.

[3] D. (16. 2), C. (4. 31). Die Stellung der kompensatorischen actio hinter Kommodat- u. Pfandklage (anders Rudorff, EP § 98) ergibt sich aus Paul. sent. II, 5 § 3 vgl. mit II, 4 und II, 5 § 1. 2.

[4] h. t. 7.

[5] h. t. 5 (cf. § 272 und Pal. I, 211 n. 2), 8.

[6] Das Wort ist echt und nicht durch dare oportet zu ersetzen: vgl. Eisele, die Compensation (1876) 24. 28 f. S. auch Ulp. 28 h. t. 7 pr.: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies uenit, quamquam dari oporteat. Auch Gai. 9 h. t. 8: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est.

Tit. XVIII

QUOD CUM MAGISTRO NAUIS, INSTITORE EOUE, QUI IN ALIENA POTESTATE ERIT, NEGOTIUM GESTUM ERIT

Ulp. 28. 29, Paul. 29. 30, Gai. 9, Iulian. 11. 12.

§ 101. DE EXERCITORIA ACTIONE[1]

Ulp. 28,[2] Paul. 29,[3] Gai. 9.[4]

Gai. IV, 71:[5]

> . . . exercitoria locum habet, cum pater dominusue filium seruumue magistrum nau*i* praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositu*s* fuerit, [negotium] gestum erit . cum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominiue contrahi uideatur, aequissimum esse uisum est in solidum actio*nem* dari: quin etiam licet extraneum quisqu*e* magistrum nau*i* praeposuerit, siue seruum siue liberum, tamen ea pr*a*etoria actio in eum redditur.

Das Edikt de exercitoria actione läßt sich aus Ulpians Kommentar mit völliger Sicherheit rekonstruieren. Nach Gaius' Bericht hat es den Anschein, als ob wir zwei Klauseln anzunehmen hätten, deren erste den Fall vorsah, wo der magister nauis in der Gewalt des exercitor stand, während die zweite sich auf Kontrakte mit einem aus der Zahl der extranei genommenen magister bezog. Indessen war für eine solche Zweiteilung kein innerer Grund, sie findet in Ulpians Kommentar keine Bestätigung und die Darstellungsweise des Gaius erklärt sich sehr einfach aus dem Zusammenhang, in dem er die actio exercitoria berührt: er handelt IV, 69 f. von den Aktionen aus den Geschäften der Gewaltunterworfenen und konnte also die weitere Ausdehnung der actio exercitoria nur anhangsweise erwähnen.

In Ulpians Kommentar finden wir zunächst der Reihe nach folgende Worte erläutert:

Magister: fr. 1 § 1–5 h. t.
Nauis: fr. 1 § 6 h. t.
Gestum eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit: fr. 1 § 7–14 h. t.[6]
In eum, qui nauem exercuerit (oder ähnlich): fr. 1 § 15–18 vgl. § 19 h. t.

[1] D. (14. 1), C. (4. 25).
[2] h. t. 1, 4. Fr. 4 ist fälschlich Ulp. 29 inskribiert.
[3] h. t. 3, 5, (14. 3) 16. Vgl. auch Paul. 6 breu. h. t. 6. Fr. 16 (14. 3) enthält eine der Analogie halber gemachte Nebenbemerkung.
[4] h. t. 2.
[5] Vgl. I. (4. 7) § 2.
[6] Fr. 1 § 7 cit.: Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed e i u s r e i n o m i n e, c u i u s (*scr.* cui) i b i p r a e p o s i t u s f u e r i t. Fr. 1 § 8: an e i u s r e i n o m i n e u i d e a t u r g e s t u m. Fr. 1 § 13: quodcumque cum uno g e s t u m e r i t. Vgl. auch h. t. 7 pr. Über praepositus s. besonders h. t. 1 § 12.

Hiernach kann das Edikt kaum anders als so gelautet haben:

Quod cum magistro nauis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui eam nauem exercuerit, iudicium dabo.

An obiges schloß sich noch ein bei Gaius nicht erwähnter Zusatz, der bei Ulp. 28 h. t. 1 § 19 wörtlich erhalten und in fr. 1 § 20–23 kommentiert ist:

SI IS, QUI NAUEM EXERCUERIT, IN ALIENA[1] POTESTATE ERIT EIUSQUE UOLUNTATE NAUEM EXERCUERIT, QUOD CUM MAGISTRO EIUS GESTUM ERIT, IN EUM, IN CUIUS POTESTATE IS ERIT QUI NAUEM EXERCUERIT, iudicium datur.

Bei fr. 1 § 24 springt Ulpian augenscheinlich zu den Formeln[2] über, die den beiden Sätzen des Edikts entsprechen. Leider erfahren wir aus den spärlichen erhaltenen Fragmenten nur soviel mit Sicherheit, daß unsere actio „ex persona magistri" gewährt wurde.[3] Die intentio war also ohne Zweifel auf die Person des Magisters gestellt, und ebendahin deutet auch, daß Paulus in fr. 5 § 1 h. t. es notwendig findet, zu betonen, daß mit der actio exercitoria keineswegs die actio aduersus magistrum habe ausgeschlossen werden wollen: „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur". Im übrigen sind wir hinsichtlich der Konstruktion der Formeln auf Erwägungen allgemeiner Natur und auf Analogieschlüsse angewiesen: man vergleiche die Ausführungen über die actio institoria und de peculio (§ 102. 104).

§ 102. DE INSTITORIA ACTIONE[4]

Ulp. 28,[5] Paul. 30,[6] Gai. 9,[7] Iulian. 11.[8]

Gai. IV, 71:[9]

Insti*t*oria . . . formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium seruumue aut quemlibet extraneum siue ser*u*um siue liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit: ideo autem insti*t*oria uocat*ur*, quia qui tabernae praeponitur, insti*t*or appellat*ur*: qua*e* et ipsa formula in solidum est.

Der Kommentar Ulpians, auch hier unsere Hauptquelle, ergibt — kaum irgend zweifelhaft — folgende Ediktworte:

Quod cum institore[10] gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit,[11] in eum, qui eum praeposuerit,[12] iudicium dabo.

[1] alterius? patris dominiue *scr.?* s. Gradenwitz, SZ 8, 258f.
[2] h. t. 4 § 4: hae actiones.
[3] h. t. 1 § 24.
[4] D. (14. 3), C. (4. 25).
[5] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, (50. 16) 183, 185.
[6] h. t. 4, 6, 17, (50. 16) 184.
[7] h. t. 2, 8, 10.
[8] h. t. 12, cit. (15. 3) 14. Letztere Stelle ist wahrscheinlich falsch inskribiert (statt Iulian. 12); doch vgl. etwa fr. 13 i. f. h. t.
[9] Vgl. I. (4. 7) § 2.
[10] h. t. 3, 5, pr.–§ 10.
[11] h. t. 5 § 11–16. Mit h. t. 5 § 11 vgl. (14. 1) 1 § 7. S. auch C. h. t. 3.
[12] h. t. 5 § 17. 18, 7, 9, 11 pr.–§ 6. Die Worte „de quo palam proscriptum fuerit, ne cum

Was die Formeln[1] angeht, so ist es zunächst — ganz im Gegensatz zu dem, was Bekker (Aktionen II, 334 f.) ausführt,[2] — überaus unwahrscheinlich, daß darin das Wort institor vorkam, ja das Gegenteil so gut wie gewiß. Denn, hätte Bekker recht, so könnte, wie mir scheint, Gaius l. c. nicht sagen:

> ideo autem institoria uocatur, quia, qui tabernae praeponitur, institor appellatur.

Vielmehr erhellt aus dieser Äußerung, daß, wofür auch das „tabernae uel cuilibet negotiationi" bei Gaius spricht, die Formel in ihrem Musterfall den institor als tabernae praepositus bezeichnete, und dieser Schluß wird schlagend dadurch bestätigt, daß Ulp. 28 in fr. 183, 185 (50. 16) — vgl. auch Paul. 30 fr. 184 eod. — die Worte „taberna instructa" erläutert, Worte, die nur unserer Formel angehört haben können.[3]

Weiter ist gewiß, daß in der Formel das mit dem institor abgeschlossene Geschäft bezeichnet war. Dies ergeben nämlich die Worte, mit denen Paul. 30 h. t. 4 die Anwendung der institoria auch auf etwaige Hausiergeschäfte des institor rechtfertigt:

> nec mutat causam actionis locus uendendi emendiue, cum utroque modo uerum sit institorem emisse aut uendidisse.

Wenden wir uns nun nach diesen vorläufigen Bemerkungen zu Ulpians Kommentar. Hier beginnt die Erörterung der Formel deutlich bei fr. 11 § 7 und umfaßt fr. 11 § 7. 8, 13, 15 h. t. Zuerst wird hervorgehoben, daß die institoria und die tributoria sich in ihrem Anwendungsgebiet gegenseitig ausschließen. Die letztere setzt auf seiten des Gewaltunterworfenen ein negotiari merce peculiari voraus (s. § 103), die erstere umgekehrt ein negotiari dominica merce:

> Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica . quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.

Fragen wir, auf welches Formelstück diese Bemerkung sich bezogen haben mag, so kann es nur dasjenige gewesen sein, worin der kontrahierende

eo contrahatur" in fr. 11 § 2 sehen auf den ersten Blick wie eine dem Edikt vom Prätor selbst beigefügte Ausnahme aus. Der Kommentar ergibt aber, daß Ulpian auch in fr. 11 § 2-6 wohl nur das Wort „praeposuerit" zur Vorlage hat. S. fr. 11 § 2: is praepositi loco non habetur; § 5: condicio autem praepositionis seruanda est; § 6: praepositi loco non habetur. A. M. jedoch Karlowa, RG II, 1127.

[1] Ulp. 28 h. t. 15: has actiones.

[2] Bekker sagt a. a. O.: „Es ist nicht zu beweisen, aber zu vermuten, daß, wie die Römer Partien des Edikts nach den Anfangsworten zu nennen pflegten, ebenso die Namen der Aktionen nach den auffälligen Worten in den Anfangsstücken der Formeln gegeben wurden". Mir scheint, daß die Aktionenbezeichnungen nach sehr verschiedenen Rücksichten entstanden sind, — man vergleiche z. B. etwa die Bezeichnungen Publiciana, rei uindicatio, legis Aquiliae.

[3] Vgl. auch Ulp. 28 h. t. 3: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi. Die taberna muß auch hiernach irgendwie eine besondere Rolle im Album gespielt haben.

institor als solcher bezeichnet war, etwa als „*a N⁰ N⁰ tabernae instructae praepositus*". Diese Worte lassen ihn als bloßen Angestellten des dominus erkennen und gaben so Anlaß zu obiger Bemerkung.

Fr. 11 § 8 geht bereits auf einen andern Teil der Formel, denjenigen, der den abgeschlossenen Kontrakt bezeichnete:

> Si a seruo tuo operas uicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem uendiderit, emptio est: nam cum dominus a seruo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit.

Offenbar begegnet hier der Jurist dem Zweifel, ob, wenn der institor Sklave eines Dritten ist und mit diesem seinem eigenen Herrn ein Kaufgeschäft abgeschlossen hat, dies Geschäft auch juristisch als *emisse* bezeichnet werden könne.

Nach dem Edikt wird verlangt, daß der institor das Geschäft „*eius rei nomine, cui praepositus fuerit*", abgeschlossen habe. Das muß auch in der Formel zum Ausdruck gekommen sein,[1] und zweifellos bezieht sich die bei Ulpian nächstfolgende Stelle auf die betreffenden Formelworte, fr. 13 pr. h. t.:

> Habebat quis seruum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse . [licet] consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.[2]

Die bisher aufgedeckten Formelteile geben uns keinen Aufschluß darüber, ob die Musterformel in ius oder in factum konzipiert war: wir können uns dieselben ebensowohl in eine intentio in factum concepta wie in eine demonstratio eingefügt denken. Nunmehr aber folgt im Kommentar eine Stelle, die m. E. ein sehr schweres Gewicht für die intentio in ius concepta in die Wagschale wirft und doch früher nirgends in dieser Richtung benutzt worden ist, fr. 13 § 1 h. t.:

> Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non nouauerit quis eam obligationem uel ab institore uel ab alio [nouandi animo] stipulando.

Die Obligation, von deren Novation Ulpian hier spricht, ist natürlich die

[1] Vgl. auch (14. 5) 8: negabat eo nomine se conueniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset.

[2] Die Stelle ist jedenfalls itp. Beseler II, 14, Albertario, a⁰ qu. instit. (1912) 21 ff. Ob aber die Kompilatoren nur eine breitere Ausführung zusammengezogen oder die utilis, d. h. rescissoria, actio selbst eingefügt haben (so Beseler und Albertario), wird man vorsichtigerweise dahingestellt sein lassen. Vgl. noch Riccobono, dal dir. rom. 636.

des institor:[1] die Möglichkeit einer Novation der adjektizischen Obligation des dominus zu berühren, hatte der Jurist keinerlei Veranlassung, und nur auf die Obligation des institor bezogen, hat es Sinn, daß es am Schlusse heißt: uel ab institore uel ab alio stipulando. Nun steht fr. 13 § 1 genau an der Stelle des Kommentars, wo, wenn die Formel in ius konzipiert war, die intentio in ius concepta behandelt gewesen sein muß, und es ist klar, daß ein „*quidquid ob eam rem Lucium Titium A° A° dare facere oportet*", wenn es in der Formel stand, den Gedanken an die Möglichkeit der Novation ganz notwendig aufdrängte, während derselbe Gedanke bei Konzipierung in factum ganz fern lag. Weiter aber kommt in Betracht, daß die Obligation des institor von Ulpian nur so kurzweg als „ea obligatio" bezeichnet wird, ohne daß zuvor irgendwie davon die Rede war: spricht dies nicht ganz entschieden dafür, daß die Bemerkung Ulpians sich an ein von ihm zitiertes, von den Kompilatoren aber gestrichenes Formelstück anlehnte, worin die Obligation des institor verkörpert war? Ist schon hiernach die intentio in ius concepta überaus wahrscheinlich, so wird diese Wahrscheinlichkeit noch erhöht durch fr. 12 h. t. Hier behandelt Julian den vorhin erwähnten Fall, wo jemand mit seinem eigenen Sklaven, der institor eines andern ist, kontrahiert hat, und gewährt dem dominus eine utilis institoria. Eine utilis: warum nicht die directa?[2] Konzipiert man die Formel in factum, so muß man die Antwort hierauf schuldig bleiben; den einzigen Zweifel, der bei solcher Konzipierung auftauchen konnte — ob nämlich ein „emisse" zwischen Herrn und Sklaven möglich sei —, diesen Zweifel hat, wie wir gesehen haben, Ulpian in fr. 11 § 8 als unbegründet hingestellt. Bei Konzipierung in ius dagegen ergibt sich die Antwort von selbst: ein Sklave kann sich zivil nicht verpflichten, zumal seinem eigenen Herrn, auf ihn paßt also die intentio „quidquid dare facere oportet" nicht, sie muß durch die Fiktion „si liber esset ex iure Quiritium"[3] auf ihn an-

[1] So auch das schol. 47 (Steph.) in Basil. suppl. ed. Zachariae 172.

[2] Daß in fr. 12 cit. als Gegensatz der utilis actio die directa und nicht etwa die inutilis zu denken ist, folgt m. E. aus dem Zusammenhang „utilis ... actio ... competet", bei letzterer Deutung eine sehr harte Tautologie.

[3] Wegen des Zusatzes ex iure Quiritium, der das von Dernburg, krit. Zschr. I, 8 n. 4, angeregte Bedenken erledigt, vgl. Cic. pro Caec. c. 33 § 96, Seneca, nat. qu. III, praef. 16. Er ist von Huschke (Gaius, 76) zuerst vorgeschlagen und sodann auch von Keller, Jahrb. des gem. Rts. 3, 195 n. 41, rezipiert. Über die Fiktion „si liber esset" überhaupt wird im Text weiter unten noch näher gehandelt werden. Man kann zweifeln, ob man die Fiktion auf „si liber fuisset (scil. tempore contractus)" oder auf „si liber esset" stellen soll. Gegen erstere Fassung spricht, daß dadurch der Judex nicht angewiesen würde, den gegenwärtigen Sklavenstand des Institor zu ignorieren. Gegen letztere, daß aus der gegenwärtigen Freiheit des Institor noch nicht folgen würde, daß er auch zur Zeit des Kontrakts frei gewesen und mithin aus dem Kontrakt obligiert worden sei. Aber die Ergänzung des letztern Mangels konnte m. E. von dem Ermessen eines verständigen Judex eher erwartet werden als die des erstern. Übrigens bleibt auch die Möglichkeit, daß der Prätor beide Fiktionen kombinierte, z. B. si liber uendidisset et esset. Einen gewissermaßen ästhetischen, auf das „Gefühlsleben des röm. R." sich gründenden Anstoß an der Fiktion „si liber esset" nimmt Gradenwitz, SZ 27, 231 f. Ich kann ihm darin um so weniger folgen, als ja doch wenigstens die röm. Juristen (s. unten S. 265) zweifellos mit dieser anstößigen Fik-

wendbar gemacht werden. Da das Edikt über die actio institoria den institor nicht als Sklaven bezeichnet, so ist nach aller Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß auch die Musterformel, wenigstens die in erster Reihe proponierte, dies nicht tat, und so mußte naturgemäß die institoria ficticia aus Kontrakten eines seruus institor zur utilis institoria werden,[1] einerlei ob, was ich für sehr wahrscheinlich halte,[2] diese utilis im Edikt ebenfalls proponiert war oder nicht. Freilich nun ist fr. 12 h.t. die einzige Stelle, wo die institoria in dieser Anwendung als utilis bezeichnet ist: überall sonst, so oft wir ihr auch in der Anwendung auf serui institores begegnen, heißt sie schlechtweg institoria. Man könnte versucht sein, daraus den Schluß zu ziehen, daß gerade nur der besondere Fall des fr. 12 die Ursache einer veränderten Konzeption gewesen, daß mithin unsere Konstruktion, die jenen Fall gar nicht besonders auszeichnet, nicht richtig sein könne. Dieser Einwand wiegt sehr leicht. Vor allem ist es bedenklich, aus dem bloßen Schweigen der Digestenüberlieferung in Formelkonstruktionsfragen irgendwelche Schlüsse zu ziehen. Die Schere der Kompilatoren hat gerade in dieser Richtung erbarmungslos gehaust, und was für ein Interesse hatten sie, die Erinnerung an die besondere Konzeption der institoria aus Verträgen eines seruus institor zu konservieren? Was würde man sagen, wenn jemand daraus, daß nur in einem einzigen, überdies nicht unverdächtigen, Digestenfragment[3] von einer quasi Publiciana die Rede ist, folgern wollte, diese actio sei in allen übrigen Fällen gleichlautend formuliert worden? Die Bezeichnung utilis institoria kann also sehr wohl von den Kompilatoren prinzipiell gestrichen und in fr. 12 aus Versehen stehengeblieben sein, etwa deshalb, weil sie irrig diese Bezeichnung mit der außerordentlichen Natur des Falls in Zusammenhang brachten.[4] Aber es bedarf nicht einmal dieser Annahme: es ist sehr möglich, daß die klassischen Juristen selber die fiktizische institoria gewöhnlich schlechtweg „institoria" nannten. Waren doch die weitaus meisten Institoren Sklaven und war doch, wie ich selbst glaube, die fiktizische institoria im Edikt proponiert! Dann bliebe nur zu erklären, warum Julian gerade im Fall des fr. 12 die Konzeption der Klage als utilis betont, und dies scheint mir keineswegs schwierig.[5] Der ungewöhnliche Fall, daß jemand aus Kontrakt mit seinem eigenen Sklaven gegen einen Dritten klagen will, scheint auf den ersten Blick eine

tion operiert haben. Die von G. selbst vorgeschlagene Fiktion „si . . . manumissus esset" befriedigt auch nicht: warum soll der Kontrahent gerade als freigelassen fingiert werden, da das Entscheidende auch nach G. doch nur die Fiktion der Freiheit war?

[1] Eine Glosse bei Labbaeus (Otto, thes. III, 1742) s. v. *ἰνστιτουτόρια* läßt die utilis gerade umgekehrt aus dem Geschäft eines Freien, die directa aus dem eines Sklaven entstehen. Das ist selbstverständlich unmöglich. Doch liegt der Gedanke nahe, daß der sehr unwissende Verfasser dieser Glosse hier den Bericht einer besseren Quelle mißverstanden und umgedreht hat.

[2] Hierfür könnte man sich auf die Worte „utilis actio competet" in fr. 12 cit. berufen, wenn nicht competere so häufig für ein originales dari itp. wäre. Vgl. übrigens auch den Plural „has actiones" in fr. 15 h. t.

[3] (6. 1) 70.

[4] So auch die in n. 1 zit. Glosse.

[5] Ganz anders als den Text Fabricius, d. gewaltfr. Inst. (1926) 20 ff.

außerordentliche Behandlung zu verlangen. Julian hatte daher Ursache, darauf aufmerksam zu machen, daß die Fiktion „si liber esset ex iure Quiritium" auch für diesen Fall ausreiche, er hatte Ursache, die fiktizische Fassung der utilis institoria zu betonen. Dieser Zusammenhang wird in dem ursprünglichen Wortlaut des fr. 12 klar hervorgetreten und erst durch die Hand der Kompilatoren, die ja das Wort ficticia nirgends (auch bei keiner andern ficticia actio) haben stehenlassen, verwischt worden sein. Es ist sehr möglich, daß Julian selbst die actio gar nicht als utilis, sondern als ficticia bezeichnet hatte.

Ich habe mich im obigen bemüht, die intentio der institoria direkt aus den positiven Quellenzeugnissen zu deduzieren, ohne auf allgemeine Erwägungen einzugehen. Es ist leicht, zu zeigen, daß auch diese letztern entscheidend für die nachgewiesene Konzeption sprechen. Man setze sich in die Lage des Prätors, der die institoria einführte. Er will den dominus aus den Geschäften des institor haftbar machen, so haftbar machen, wie der institor selbst haftbar ist oder sein würde, wenn er kein Sklave wäre. War es nicht das nächste und natürlichste, daß er an der aus diesen Geschäften abfließenden Formel nur soviel änderte, als sein Zweck es erforderte, daß er, soweit irgend möglich, es vermied, aus den mit so überlegter Feinheit konstruierten Formelgebäuden, an deren Interpretation sich das gesamte Kontraktsrecht anlehnte, wesentliche Bausteine herauszunehmen? Wurde er nicht mit zwingender Notwendigkeit auf unser Schema hingedrängt, das den Judex unter Benutzung der für den betreffenden Fall gegebenen Formelworte anweist, zu untersuchen, was der institor schulde oder schulden würde, und darauf dann den dominus zu kondemnieren?

Aber freilich man hat gegen unsere Fassung, die von Keller[1] zuerst vorgeschlagen wurde, auch heute noch der herrschenden Meinung entspricht und für alle adjektizischen Aktionen gleichermaßen festgehalten werden muß, eine Reihe von Einwendungen erhoben. Ich werde diese sofort in Betracht ziehen und will zuvor nur noch die Rekonstruktion der Formel zu Ende führen.

Auf die Bemerkung zur intentio folgen bei Ulpian in fr. 13 § 2 h. t. solche zur condemnatio der Formel, endlich in fr. 15 h. t. die übliche Schlußnotiz über Dauer und Vererblichkeit der actio. Danach komme ich im genauen Anschluß an den Kommentar zu folgender Formel:

> *Quod* A^s A^s *de Lucio Titio, cum is a* N^o N^o *tabernae instructae praepositus esset,*[2] *eius rei nomine*[3] *decem pondo olei emit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Lucium Titium* A^o A^o *dare facere oportet ex fide bona,*[4] *eius iudex* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.*

[1] Litiscontest. und Urt. 432 vgl. 420ff.

[2] Utiles actiones, wo nicht mit einem eigentlichen institor kontrahiert ist, werden erwähnt in: fr. 5 § 8, fr. 16, 19 pr. h. t., c. 5, 6 (4. 25). Sie dürften in allen drei Digestenstellen itp. sein. Literatur bei Rabel, ein Ruhmesbl. Papinians (Zitelmannfschr. 1913). Zu h. t. 19 pr. vgl. Lenel bei Rabel 22[1].

[3] Etwas abweichend EP[1] und EP[2].

[4] Utilis mit Reszission der prozessualen Konsumtion (fr. 13 pr. h. t.)? Vgl. S. 260[2].

Die intentio einer condictio institoria könnte man sich etwa so vorstellen: S. p. L. Titium, qui a N° N° tab. instr. praepositus est (oder erat), eius rei nomine A° A° HS X milia d. o.

Die Frage nach der Fassung der intentio kehrt bei allen adjektizischen Aktionen in gleicher Weise wieder, und bei der engen Verwandtschaft dieser Aktionen muß die Antwort für eine zugleich auch als Antwort für alle andern gelten. Eben deshalb geht es nicht an, das Prinzip dieser Formulierung unter Beschränkung auf die institoria zu erörtern, ist es vielmehr notwendig, die erhobenen Einwendungen von einem allgemeineren Standpunkt zu prüfen. Der Angriff Dietzels,[1] der durch die vernichtende Erwiderung Kellers[2] wohl für alle Zeit seine Erledigung gefunden hat, kann hierbei auf sich beruhen. Dagegen fordern die von Mandry[3] und Brinz[4] gegen Kellers Konzeption geltend gemachten Gründe nähere Erwägung.

Brinz legt entscheidendes Gewicht darauf, daß in den Quellen als Grund der adjektizischen Aktionen immer das Geschäft und nicht die Obligation des kontrahierenden Subjekts — exercitor, institor, Hauskind usw. — angegeben werde:[5] das vertrage sich nicht mit einer auf diese Obligation abgestellten intentio, nötige vielmehr zur Annahme einer in factum konzipierten, auf die Tatsache des Geschäfts abgestellten. Man wird dieser Argumentation schwerlich beitreten können. Mir scheint die Ausdrucksweise der Quellen vollkommen korrekt, auch wenn die Formel in ius konzipiert war. Die Fassung der intentio mochte auf die nähere Gestaltung der Haftung einwirken: nimmermehr aber konnte die Form, in der diese Haftung prozessualisch auftrat, den römischen Juristen den legislativen Grundgedanken dieser Aktionen verdecken: daß man unter gewissen Voraussetzungen aus Geschäften eines andern verantwortlich werden kann. Es war dies um so weniger möglich, als ja die Sklaven, die hier überall praktisch in erster Linie in Betracht kamen, selber gar nicht obligiert waren.

Mandry hat unter dem Beifall von Brinz eine Reihe von Fällen herangezogen, in denen Kellers Formulierung in ius eine Verurteilung des Gewalthabers oder Geschäftsherrn überhaupt oder doch eine solche, wie sie in den Quellen vorausgesetzt sei, unmöglich mache. Vor allem den Fall, wo der kontrahierende Haussohn oder Sklave gestorben sei, wo doch von einem zivilen Verhaftetsein des Kontrahenten oder eines Sukzessors keine Rede sein könne, gleichwohl aber der Gewalthaber beschränkt oder unbeschränkt forthafte.[6] Allein, wenn gegen den Gewalthaber des lebenden Sklaven mit der Fiktion *„si liber esset, tum si Stichum ... oporteret"*

[1] Jahrbb. des gem. Rechts II, 1 ff., 415 ff.
[2] Ebendaselbst III, 153 ff.
[3] Familiengüterrecht II, 259 ff.
[4] Pandekten (2. Aufl.) II, 203 ff., siehe aber SZ 4, 166 f.
[5] a. a. O. 204 n. 4. 5.
[6] (14. 1) 4 § 3, (14. 6) 18, (15. 2) 1 pr. f.

geklagt wurde, so kann die Annahme einer Fiktion „si Stichus liber fuisset, tum si heredem eius . . . oporteret“ oder einer ähnlichen keine Schwierigkeit machen. Ebenso erledigt sich ein zweiter Fall, der schon oben besprochen ist: wenn das Geschäft, aus dem die adjektizische actio erhoben wird, zwischen dem Gewalthaber selbst und der seiner Gewalt unterworfenen Person abgeschlossen ist.[1] Wir haben gesehen, daß hier die Quellen selbst, indem sie die actio als utilis, d. h. ficticia, bezeichnen, auf die Fiktion „si liber (suae potestatis) esset“ hindeuten, die in der Tat alle Bedenken beseitigt. Zum Dritten führt Mandry an: der dominus tabernae hafte der institoria actio gegenüber auch aus dem Geschäft eines institor impubes und zwar in solidum — h. t. 7 § 2, 8 —, während letzterer selber nach älterm Rechte gar nicht, seit dem rescriptum diui Pii immer doch nur bis zum Belaufe seiner Bereicherung hafte. Auch hier ist durch Fiktion „*si pubes fuisset*“ leicht zu helfen. Freilich nun hat Mandry[2] die Annahme derartiger Fiktionen und insbesondere derjenigen der Freiheit ausdrücklich bekämpft. Die Haftung des Herrn aus Geschäften des Sklaven sei, so wirft er ein, der wichtigste Fall der adjektizischen Aktionen gewesen: durch Kellers Konzeption werde die auf diesen Hauptfall passende Formel naturwidrig zu einer erst mühsam adaptierten Nebenform der weit weniger wichtigen Formel aus den Geschäften des Freien, speziell des Haussohns. Er hebt ferner hervor, „daß sowohl bezüglich der ex negotiis seruorum resultierenden Klagen als bezüglich der nach dem Wegfalle der kontrahierenden Person anzustellenden, zum Teil ausdrücklich im Edikt erwähnten Aktionen die Quellen nirgends weder abweichende Formulierungen noch auch nur Formulierungsschwierigkeiten andeuten“. Auf die Bedenklichkeit dieses letztern Arguments habe ich schon oben aufmerksam gemacht und verweise hier wiederholt auf die Analogie der Publiciana, bei der es sogar in solchen Fällen, wo das ganze Formulierungsprinzip hätte aufgegeben werden müssen,[3] in der Justianischen Kompilation nur schlechtweg heißt: Publiciana competit. Nimmt man ferner mit mir an, daß das Edikt selbst auch die fiktizische intentio für das Sklavengeschäft proponierte, so wird die Geringfügigkeit der Ausbeute, die die Quellen für die Konzeptionsfrage gewähren, um so leichter begreiflich und kann man auch Kellers Ansicht nicht mehr vorwerfen, daß nach ihr die Formel für den wichtigsten Fall erst hätte adaptiert werden müssen: sie war im Album schon adaptiert. Daß es nun aber an Spuren abweichender Formulierung in den von Mandry angeführten Fällen gänzlich fehle, ist endlich nicht einmal richtig. Zunächst ist hier das bereits besprochene fr. 12 h. t. anzuführen. Ferner wird die formelmäßige Fiktion der Freiheit wenn nicht bewiesen, so doch sehr nahegelegt durch die schon von Keller[4] zit. insoweit verdachtfreien Stellen: (19. 1) 24 § 2 und (45. 2) 12 i. f., in

[1] (14. 3) 11 § 8. 12.
[2] a. a. O. 262 ff.
[3] Vgl. z. B. (6. 2) 7 § 7, 12 § 2. 3.
[4] Litiscont. u. Urt. 427.

denen die Juristen darauf anzuspielen scheinen; namentlich durch die erstere, wo es von der actio de peculio heißt:

> in dominum . . . sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero uendente consequi debuisset, [sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur].

In dieselbe Kategorie gehört (9. 4) 19 § 2, wo es sich freilich um eine formula in factum concepta handelt, also nicht von der ausgedrückten Fiktion die Rede sein kann:

> Si seruus tuus nauem exercuerit eiusque uicarius et idem nauta in eadem naue damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic uicarius seruus eius esset, [ut de peculio serui tui ad noxam dedere uicarium damneris].[1]

Weiter ist es hinsichtlich der nach dem Tode des Haussohns oder Sklaven gewährten actio annalis de peculio nicht bloß wahrscheinlich, sondern sogar sicher, daß sie von der gewöhnlichen actio de peculio abweichend konzipiert war: es handelt sich bei dieser actio nicht etwa bloß um eine exceptio annalis, die auf Verlangen des beklagten Gewalthabers eingefügt wird, sondern um eine besondere Formel (mit ständiger Annalexzeption), die nach dem Tode des Gewaltunterworfenen die jetzt unbrauchbare actio de peculio ersetzte: der Kläger ist es, der sich die Annalformel erbitten muß, wenn er nicht seinen Prozeß verlieren will. Dies ergibt sich klar aus (15. 2) 1 § 10:

> Quaesitum est apud Labeonem, si, cum filius uiueret, tu credens eum mortuum annali actione egeris . . .

In EP¹ und ² hatte ich auch noch (45. 1) 49 pr. als gegen Mandry sprechend herangezogen:

> Cum filius familias Stichum dari spoponderit et, cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, [quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus]. at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, [sed utilis actio in patrem danda est].

Warum wird, fragte ich, im zweiten Fall der Stelle utilis actio gewährt? Es gebe schlechterdings keine andere Erklärung dafür als die, daß die Obligation des Haussohns hier untergegangen sei und also die gewöhnliche intentio der actio de peculio, die auf eben diese Obligation abgestellt war, nicht mehr zutreffe.[2] Die entscheidenden Worte sind aber wahrscheinlich[3] itp., so daß die Stelle für unsere Frage außer Betracht bleiben muß.

Ist es mir gelungen, im bisherigen die Hauptbedenken Mandrys zu widerlegen, so wird ein letzter von ihm vorgebrachter Zweifelsgrund am wenigsten Schwierigkeit machen. Es steht bekanntlich fest, daß nach dem

[1] Biondi, a^es nox. 146f., Beseler, SZ 46, 112.
[2] S. Mandry selbst, a. a. O. 306.
[3] Ferrini, SZ 21, 196; Riccobono, dal dir. rom. 617.

Tode des der actio institoria, exercitoria oder quod iussu verhafteten Schuldners der einzelne Erbe nur pro parte hereditaria haftet:[1] Mandry meint nun, da ja die Schuld des institor, magister nauis usf. durch das Eintreten mehrerer Erben an die Stelle des einen Geschäftsherrn oder Gewalthabers nicht geteilt werde, so sei, wenn wirklich die intentio einfach auf jene Schuld gestellt gewesen sei, nicht abzusehen, wie eine Verurteilung des einzelnen Miterben bloß pro rata habe erfolgen können. Ich könnte die Lösung dieses Rätsels unter dem bloßen Hinweis auf die actio Rutiliana ablehnen: stirbt der bonorum emptor unter Hinterlassung mehrerer Erben, so gibt uns diese, deren Fassung zweifellos ist, genau dasselbe Rätsel auf. Liegt aber denn hier wirklich ein Rätsel vor? M. E. ist klar, daß in jeder nach Art der Rutiliana gebildeten Formel, so oft an Stelle des ursprünglich Verhafteten dessen Erbe trat, das Erbverhältnis ausdrücklich angegeben werden mußte. Woran hätte denn der Judex sonst erkennen sollen, daß die Verurteilung den Nachweis dieses Erbverhältnisses voraussetze? Mußte also der Beklagte, auch wenn er heres ex asse war, irgendwo in der Formel als solcher bezeichnet sein — am wahrscheinlichsten in der condemnatio —, so werden wir, wenn seine Haftung eine bloß partielle war, der condemnatio einfach ein „pro qua parte Lucio Titio heres est" anzufügen haben. In der Regel aber wird man sich hier, wie sonst, der interrogatorischen Formeln bedient haben. Jedenfalls muß die Frage der Partial- oder Solidarhaftung in iure zur Sprache und Erledigung gekommen sein.[2]

Ich glaube hiermit gezeigt zu haben, daß Kellers Konzeption allen gegen sie erhobenen Angriffen Stich hält. Werfen wir nun zum Schluß auch noch einen Blick auf die im Gegensatz zu ihr gemachten Formulierungsvorschläge. Sie sind doppelter Art. Mandry und Brinz halten eine Formulierung in factum, jener für möglich,[3] dieser für erwiesen.[4] [5] Gegen diese Konzeption spricht einfach alles, was für Kellers Konzeption spricht. Sie läßt die nachgewiesenen Fälle der utilis actio unerklärt und ist (und das ist mir schon allein entscheidend) überhaupt unnatürlich und

[1] Vgl. (14. 3) 14, (14. 5) 7.

[2] Darum auch in fr. 14 cit.: in solidum actio dari debet (insoweit unverdächtig). Ebenso in fr. 7 (14. 5): an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet conuenire. Solazzi, l'actio de peculio ann. (studi Moriani 1905 SA) 14f., glaubt, es sei in den obigen Fällen, um die Konsumtion des Gesamtanspruchs zu vermeiden, bei actiones incerti eine praescriptio, bei actiones certi eine Beschränkung der intentio möglich und erforderlich gewesen, macht sich aber selbst den sehr begründeten Einwand, daß mit diesen Vermutungen fr. 32 pr. (15. 1) nicht vereinbar ist. M. E. wurde durch eine Formel wie die obige der Gesamtanspruch überhaupt nicht konsumiert, weil sie von vornherein nur condemnatio pro parte vorsah. Der Fall lag anders als bei der actio de peculio annalis, wo der einzelne Erbe, obwohl die Kondemnation seinen Anteil am Peculium nicht übersteigen durfte, doch, wenn dieser ausreichte, auf den Betrag der ganzen Forderung verurteilt wurde.

[3] a. a. O. 265 wird ihr „die Bedeutung einer Hypothese" zugeschrieben, „für die ebenso viele und ebenso gute Gründe, als für Kellers Hypothese sprechen".

[4] a. a. O. 204: „nicht mehr als bloße Hypothese". Anders aber SZ 4, 166f.

[5] Für Konzipierung in factum weiter auch noch Ruhstrat, Arch. f. d. Prax. v. Oldenburg I, 38.

zweckwidrig. Wenn der Prätor den Prinzipal des Institor usw. nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Kaufs und der andern Kontrakte haftbar machen wollte, wie konnte er die gewöhnliche Formel aus diesen Kontrakten aufgeben? Ist es etwa ganz gleichgültig, ob die Formel den Judex auf die bona fides verweist oder nicht? Mandry[1] denkt sich die intentio der actio uenditi de peculio etwa so:

S. p. A^{m} A^{m} Titio . . . hominem Stichum uendidisse.

So einfach sind bekanntlich die wirklich überlieferten formulae in factum conceptae von Kontraktsklagen nicht gefaßt. Mandrys Formel hätte den Judex in die größte Verlegenheit gesetzt. Nichts in dieser Formel erinnerte ihn daran, daß hier das reguläre Recht der actio uenditi angewendet werden solle. Wie war's mit dem Satz „exceptio doli bonae fidei iudiciis inest", wie war's überhaupt mit dem ganzen officium iudicis, dessen Bedeutung für die bonae fidei iudicia hier wohl nicht dargelegt zu werden braucht? Oder man unterstelle statt des Kaufs eine Stipulation: soll hier umgekehrt das ganze feste Recht der Stipulation durch ein „*S. p. L. Titium promisisse, quanti ea res est,* usw." dem officium iudicis überantwortet werden? Nehmen wir aber an, der Prätor habe hier die Formeln etwa nach Art der actio pigneraticia oder depositi hinsichtlich der Voraussetzungen der Verurteilung genauer spezialisiert, so hätte entweder der Prätor eine Unzahl von Musterformeln proponieren müssen, oder es erhob sich bei jedem Prozeß in iure ein Streit um die Konzeption der Formel, der keineswegs immer leicht zu entscheiden war, dessen Entscheidung vielmehr sehr häufig eine Vorentscheidung über die Rechtsfrage gewesen wäre.

Erregt schon die formula in factum concepta die schwersten Bedenken, so ist es freilich noch schlimmer mit dem andern Formulierungsvorschlag bestellt, der zuerst von Dietzel[2] gemacht und dann von Baron[3] in veränderter Form wieder aufgenommen worden ist: danach soll die intentio zwar in ius konzipiert, aber direkt auf die Verpflichtung des adjektizisch Verhafteten gestellt gewesen sein, nicht auf die Verpflichtung des institor usw. Dietzels hiernach gebildete intentio „*patrem* (*exercitorem*) *dare facere oportere*" darf nach Kellers Kritik beiseite gelassen werden. Baron seinerseits stellt die intentio auf ein praestare oportere des Prinzipals oder Gewalthabers. Er glaubt zunächst für die actio de peculio die intentio „*quidquid de peculio filii* (*serui*) *ob eam rem N^{m} N^{m} patrem* (*dominum*) *praestare oportet*" in fr. 57 (23. 3) entdeckt zu haben und überträgt das *quidquid praestare oportet* sodann auch auf alle andern adjektizischen Aktionen, mit Ausnahme der actio tributoria, die er auf *quidquid tribuere oportet* stellt. Er nennt diese intentio eine intentio iuris honorarii und

[1] a. a. O. 264.
[2] In den 264 n. 1 angeführten Aufsätzen.
[3] Die adjektizischen Klagen (Abh. aus d. röm. CP II), 1882, 136ff. Gegen ihn auch Bekker, SZ 4, 105f.

meint, der Prätor habe zwar kein dare facere oportere, wohl aber ein praestare oportere schaffen können. Fürs erste: Baron hat vollkommen recht, wenn er davor warnt, das Wort oportere ganz ausschließlich dem Zivilrecht zu vindizieren, wiewohl ihm der Gegenbeweis, soweit er den offiziellen Gebrauch des Worts anlangt, nicht gelungen ist.[1] Oportere bedeutet Sollen und Müssen, sei es von Rechts sei es auch von Obrigkeits wegen; ein Beispiel wirklich offiziellen Gebrauchs des Worts im letztern Sinne bietet das von Cic. pro Quinctio c. 27 § 84 angeführte Edikt. Gleichwohl hat es seinen guten Sinn, wenn nur die actiones ciuiles auf oportere abgestellt sind. Der Prätor, indem er ein oportere zur Bedingung der Verurteilung macht, verweist damit den Judex auf bestehendes Recht: die prätorischen Aktionen aber sind Neuschöpfungen, bei denen ebendeshalb die Verurteilung nicht von einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung des Beklagten abhängig gemacht werden konnte. Wenn die exercitoria, als sie der Prätor einführte, den iudex angewiesen hätte, den exercitor aus Geschäften des magister zu verurteilen auf „quidquid exercitorem praestare oportet“, so wäre dem iudex nichts übriggeblieben als zu absolvieren. Denn wo war verordnet „excercitorem praestare oportere“? Im Zivilrecht nicht; im prätorischen Edikt ebensowenig: denn hier stand nicht „exercitor praestato“ oder „exercitorem praestare oportere uidetur“ oder ähnliches, sondern ohne Zweifel[2] nur „aduersus exercitorem iudicium dabo“. Daraus aber folgt für den exercitor zwar ein iudicium suscipere oportere, aber keineswegs ein privatrechtliches praestare oportere. In summa: ein oportet kann aus dem Edikt hervorgehen, insoweit es Vorschriften für das Verhalten der Parteien enthält, — insoweit würde einem ex edicto oportet in einer Formel nichts entgegenstehen; für die actio exercitoria, institoria, de peculio deque in rem uerso, quod iussu ist die von Baron vorgeschlagene Formel aber gerade deshalb unmöglich, weil die betreffenden Edikte keine solchen Vorschriften enthalten, sondern einfach actio verheißen.

Ich habe Baron zugegeben, daß der Prätor ein oportere habe schaffen können.[3] Das ist nun aber auch das einzige, was ihm eingeräumt werden kann. Die Idee, daß das praestare oportere als intentio iuris honorarii dem prätorischen Recht, das dare facere oportere als intentio iuris ciuilis dem Zivilrecht reserviert gewesen sei, scheint mir abenteuerlich: ich glaube,

[1] B. beruft sich nämlich auf das quod eius praestari oportere dicetur im ädilizischen Edikt (fr. 1 § 1 de aedil. ed.) und meint, damit sei die Redhibitionspflicht bezeichnet. Der wirkliche sehr abweichende Sinn der Worte ergibt sich aus dem Kommentar Ulpians in fr. 19 pr. § 1 eod. Sie enthalten eine Beschränkung der Haftung für dicta und promissa („insofern man dafür nach Zivilrecht einstehen muß“). Mißverstanden sind sie auch von Bechmann, Kauf. I, 407, Brinz, Pandekten (1. Aufl.) 492, anders 2. Aufl. § 327[b] n. 2.

[2] Baron, krit. Vjschr. 26, 547, bezweifelt dies freilich.

[3] Die Frage, unter welchen Voraussetzungen er dies konnte, muß hier dahingestellt bleiben: ihre Beantwortung würde eine umfassende Untersuchung über das officium praetoris erfordern. Ein allgemeines Recht, das Verhalten der einzelnen direkt zu normieren, hatte er selbstverständlich nicht: sonst wäre er Gesetzgeber, nicht bloß Verwalter der Aktionen gewesen.

kein Scharfsinn wird zu ermitteln vermögen, warum die auf prätorischem Recht beruhenden Leistungen gerade „praestare“, die auf Zivilrecht beruhenden „dare facere“ hätten heißen sollen. Überdies ist die Konzipierung auf praestare oportere, wenn überhaupt irgendwo, dann gerade für a^es ciuiles, die Teilungsklagen, nachweisbar (s. S. 208 n. 7, S. 211 n. 9). Was aber fr. 57 (23. 3), den Ausgangspunkt des Irrwegs anbelangt, so behandelt die übrigens stark itp.[1] Stelle den Fall, wo eine Frau ihren noch in väterlicher Gewalt befindlichen Schuldner heiratet und ihrem Schwiegervater „quod filius tuus mihi debet“ zur dos bestellt. Der Jurist sagt, es sei ein Unterschied, ob damit gemeint sei „id quod filium dare oportet“, wo die ganze Schuldsumme dos werde, oder „quod patrem de peculio uel de in rem uerso praestare oportebit“, wo nur die Summe dos werde, „qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit“. Mir ist schwer begreiflich, wie Baron in dieser Stelle einen Beweis — und einen andern Beweis hat er ja nicht — für seine Hypothese zu finden glauben konnte. Der Jurist denkt hier nicht an Formelkonzeption; mit den Worten „quod patrem de peculio praestare oportebit“ will er den Begriff „Pekuliarschuld“ kurz ausdrücken, und der Ausdruck ist passend, die Formel mag konzipiert gewesen sein, wie sie will. Aber als ob er geahnt hätte, daß derselbe dereinst mißverstanden werden würde, hat er sich beeilt, den untechnischen Ausdruck sofort in die technisch juristische, der Formelkonzeption angemessene Form zu gießen: qua patrem filii nomine condemnari oportebit.

Es wird nicht nötig sein, auch noch die mehrerwähnten actiones utiles gegen Barons Hypothese ins Feld zu führen. Ich glaube nachgewiesen zu haben, daß, wie Kellers Konzeption der Natur des Verhältnisses und den Quellen entspricht, so umgekehrt die andern Formulierungsversuche sich bei näherer Prüfung als unmöglich herausstellen.

§ 103. DE TRIBUTORIA ACTIONE[2]

Ulp. 29,[3] Paul. 30,[4] Gai. 9,[5] Pedius 15,[6] Pomp. 60,[7] Iulian 12.[8]

Gai. IV, 72:[9]

> Praeterea tri*b*utoria quoque actio in patrem dominumue constituta est, cum filius ser*u*usu*e* in peculiar*i* merce sciente patre dominoue negotietur: nam si quid eius rei gratia cum eo contra*ctum* fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in *his* mercibus *erit quodque inde receptum erit id inter patrem dominumue, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur.*

[1] Ob so stark, wie Albertario, contrib. alla crit. (1911) 21 annimmt, kann hier dahingestellt bleiben.

[2] D. (14. 4).

[3] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, (50. 17) 44 cf. h. t. 9 i. f.

[4] h. t. 2, 4, 6, 10.

[5] h. t. 11; (27. 10) 5?

[6] cit. h. t. 1 § 1.

[7] cit. h. t. 5 § 1, 9 § 2.

[8] h. t. 8, 12, cit h. t. 3 pr. Fr. 8 ist fälschlich Iulian. 11 inskribiert.

[9] Die Lücken des Gaiusmanuskripts sind aus § 3 I. (4. 7) mit voller Sicherheit zu ergänzen.

§ 3 I. (4. 7):

et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat quae tributoria appellatur.

Auch hier gewährt uns Ulpians Kommentar die Mittel zu einer im wesentlichen genauen Rekonstruktion des Edikts. Wir finden darin zunächst bezeugt die Worte:

Qui merce[1] *peculiari*[2] *sciente*[3] *eo, in cuius potestate erit,*[4] *negotiabitur,*[5] *si quid cum eo*[6] *eius mercis nomine*[7] *contractum erit,*[8] . . .

Der hierauf folgende Abschnitt des Kommentars wird eingeleitet durch ein in fr. 5 § 5. 6 h. t. enthaltenes Referat:

Per hanc actionem tribui iubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est. In tributum autem uocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

Dieser Bericht gibt zweifellos den Ediktinhalt fast wörtlich wieder. Das „quod ex ea merce est et quod eo nomine receptum est" kehrt in fast genau übereinstimmender Fassung bei Gai. 9 h. t. 11 und in I. (4. 7) § 3 wieder und wird von Ulpian sofort nachher in fr. 5 § 11–14 h. t. kommentiert. „Cum creditoribus mercis" ist in fr. 5 § 15–18 erläutert. „In tributum uocari" — der Ausdruck ist ohne Zweifel ediktal[9] — in fr. 5 § 19, 7 pr. h. t. Der Bericht ist aber nicht ganz vollständig. Einmal teilt der Gewalthaber natürlich nur dann mit, wenn der Gewaltunterworfene ihm etwas schuldig ist: *„si quid ei debebitur"*, wie es in § 3 I. (4. 7) heißt, und dies war auch im Edikt gesagt: denn diese oder sehr ähnliche Worte erläutert Ulpian in fr. 5 § 7–10 h. t. Zweitens muß im Edikt gesagt gewesen sein, daß die Verteilung verhältnismäßig erfolgen solle, *„pro rata portione"* (§ 3 I. cit.) oder genauer *„pro rata eius quod cuique debebitur"*: diese letzten Worte liegen dem Kommentar in fr. 5 § 19,[10] 7 pr. h. t. zugrunde.

Nach alledem dürfte der erste Ediktsatz folgendermaßen gelautet haben:

Qui merce peculiari sciente eo, in cuius potestate erit, negotiabitur, si quid cum eo eius mercis nomine contractum erit, eius, quod ex ea merce erit eoue nomine receptum erit, eum, in cuius potestate

[1] Ulp. 29 h. t. 1 § 1.
[2] Ulp. 29 h. t. 1 § 2.
[3] Ulp. 29 h. t. 1 § 3.
[4] Ulp. 29 h. t. 1 § 4. 5, fr. 3, 5 pr. § 1. Die Meinung Schmidts (von Ilmenau), das Hauskind in mancipio 21 n. 80, es habe das Edikt nur von der potestas domini in seruo gesprochen, steht m. E. mit fr. 1 § 4 h. t. in Widerspruch. Denn hier ist das Ediktwort potestas erläutert.
[5] Qui negotiabitur: Ulp. 29 h. t. 5 § 2. Zum ganzen Absatz vgl. noch (14. 1) 1 § 20, (15. 1) 27 pr.
[6] Ulp. 29 h. t. 5 § 3.
[7] Ulp. 29 h. t. 5 § 4.
[8] Vgl. Gai. IV, 72 cit.
[9] Vgl. h. t. 1 pr., 5 § 15. 18, 7 pr.
[10] Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur.

erit, si quid ei debebitur, cum creditoribus mercis pro rata eius quod cuique debebitur in tributum uocabo.[1]

Der Kommentar hierzu schließt bei fr. 7 pr. h. t. ab. Wer soll oder darf nun aber die Verteilung besorgen? Die Klausel gibt darauf keine Antwort, gerade wie es bei Gai. IV, 72 ict. § 3 I. cit. ganz unpersönlich heißt:

> praetor ita ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter . . . distribuatur.

Aber die zitierte Institutionenstelle fährt fort:

> et quia (*scil.* praetor) ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, . . . hanc ei actionem accommodat . . .

Das Edikt muß also noch eine Klausel enthalten haben, worin implicite dem Gewalthaber die Verteilung nach den angegebenen Grundsätzen zu übernehmen gestattet war, der Prätor aber gegen ihn für den Fall der Verletzung dieser Grundsätze unsere actio verhieß. Eben dies nun bestätigt Ulpians Kommentar zur Evidenz. Während im Kommentar zur ersten Klausel nirgends betont war, daß gerade der Gewalthaber die Verteilung zu besorgen habe, fragt der Jurist gleich darauf in fr. 7 § 1 ganz plötzlich:

> Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio uel mercibus cedere paratus sit?

Kein Zweifel, daß diese Worte an das neue Ediktstück anknüpfen, worin der Prätor dem Gewalthaber die Verteilung überließ. Und jetzt erst in fr. 7 § 2 h. t. folgt bei Ulpian das Referat über die Verheißung der actio:

> Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit praestet.

Mit diesen Worten schließt, wenn ich recht sehe, der Kommentar zum Edikt ab, und schon das in fr. 7 § 2 gleich folgende

> quae actio dolum malum coercet domini

ist mit Beziehung auf die aus dem Edikt gewährte Formel geschrieben. Über diese selbst sind wir leider nur sehr mangelhaft unterrichtet. Sicher wissen wir nur soviel, daß sie gerichtet war auf „*quanto minus dolo malo N^i N^i*

[1] Vgl. Gai. IV, 72: ita praetor ius dicit ut . . . Diese Wendung zeigt, daß der Prätor in dem ersten Ediktsatz nicht sofort schon die actio tributoria verhieß, die bei Gai. l. c. erst nachher erwähnt wird (vgl. hierzu auch Steph. in Zachariäs Suppl. Bas. 178 sch. 7). Der Prätor denkt auch gar nicht bloß an die actio tributoria, sondern auch an die freiwillige Abtretung des Peculiums zum Verkauf. Dem Gewalthaber ist die Besorgung der Verteilung gestattet (permittit, § 3 I. cit.), nicht auferlegt. In der 1. Aufl. rekonstruierte ich, im Anschluß an die angeführte Wendung bei Gaius: ita ius dicam, ut . . . uocetur. Das einfachere „uocabo" haben Heumann, de trib. act. (zitiert bei Karlowa, RG II, 1160) 42, und Karlowa, a. a. O. Unrichtig ist es, wenn Keller (Jahrbb. d. gem. Rts. III, 195 f.) in seiner Formel die klagenden Gläubiger als Subjekt des in tributum uocare figurieren läßt: sie werden vielmehr mit dem Gewalthaber in tributum voziert, vgl. h. t. 1 pr., 5 § 6. 15. 18. S. auch Bekker, Aktionen II, 338.

A° A°[1] *tributum est*,[2] *quam ex edicto meo A° A° tribui debuit*[3] (oder ähnlich)"; daß sie gegen den Erben „*dumtaxat de eo quod ad eum peruenit*" statthatte, bezeugen verschiedene Stellen (insbesondere Ulp. 29 h. t. 7 § 5, 9 pr.), die aber unter Interpolationsverdacht stehen,[4] über dessen Begründung oder Nichtbegründung hier nicht gehandelt werden kann. Im übrigen sind wir auf Vermutungen angewiesen, und das Wahrscheinlichste wird sein,[5] daß die actio tributoria, wie die institoria, die Hauptbestandteile der Formel in sich aufnahm, die aus dem mit dem Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Geschäft resultierte.[6] War diese also z. B. eine bonae-fidei-Formel, so folgte auf eine um die Voraussetzungen unseres Edikts bereicherte demonstratio die auf den Namen des Gewaltunterworfenen (eventuell fiktizisch) gestellte intentio iuris ciuilis. Den Schluß bildete dann die condemnatio: *quanto minus eo nomine dolo malo Nⁱ Nⁱ A° A° tributum est, quam ex edicto meo A° A° tribui debuit, tantam pecuniam* rel.

§ 104. QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICETUR[7]

Ulp. 29,[8] Paul. 30,[9] Gai. 9,[10] Pedius 15,[11] Pomp. 61,[12] Iulian. 12.[13]

In den Digesten finden wir hinter dem Titel de tributoria actione über tit. (14. 5) die obige Rubrik, unter der aber nur ein Edikt ausführlich behandelt ist: das über das beneficium competentiae der gewaltentlassenen, enterbten, abstinierenden Hauskinder. Hierauf folgt der Titel (14. 6) de SC Macedoniano, und erst an diesen schließen sich (15. 1)–(15. 4) die Rubriken

[1] Zu A° A° vgl. I. (4. 7) 3: si quis . . . queratur, quasi minus ei tributum sit *rel.* Dies gegen Schloßmann, Arch. f. latein. Lexikographie 14, 30f. Vgl. auch h. t. 12: „maiorem partem quam . . . creditoribus tribuit", und weiterhin: „cum deberet extraneis dena tribuere".

[2] Ulp. 29 h. t. 7 § 2–4.

[3] Iulian. fr. 12 h. t.: tributoria actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfecit.

[4] Albertario, I. L. 46, 340ff.

[5] Ganz unglücklich rekonstruiert Rudorff, EP § 103: *s. p. A^m A^m cum Lucio Titio sciente N° N° negotiatum esse*, und weiter in factum. Einem „cum L° T° negotiatum esse" widerspricht das Edikt aufs entschiedenste; und nun gar erst noch „cum Lucio Titio sciente N° N° negotiatum esse"! Da hätte der dominus also um die spezielle Geschäftsverbindung wissen müssen! Gegen Rudorff vgl. auch Mandry, Familiengüterrecht II, 452 n. 7.

[6] So auch Keller, a. a. O., dessen Formel aber im übrigen nicht einwandfrei ist (vgl. S. 272 n. 1). Anders sowohl Rudorff a. a. O. als Karlowa, RG II, 1163, aus deren Rekonstruktionen gar nicht zu ersehen ist, welches Geschäft denn eigentlich der Klage zugrunde liegt.

[7] D. (14. 5), C. (4. 26).

[8] h. t. 2, 4, (14. 6) 1, 3, 7, 9, 11, (15. 1) 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 30, (15. 2) 1, (15. 3) 1, 3, 5, 7, 10, 13, (15. 4) 1, (12. 1) 14, (33. 8) 11, (43. 16) 16 cf. (15. 1) 3 § 12, (48. 9) 7.

[9] h. t. 5, (14. 6) 8, 10, 12, (15. 1) 20, 26, 31, 43, (15. 2) 2, (15. 3) 8, 11, (15. 4) 2, (3. 5) 40 [41].

[10] h. t. 1, (14. 6) 13, (15. 1) 10, 27, 29, (15. 3) 4, 12.

[11] cit. (15. 1) 7 § 3.

[12] cit. (15. 1) 9 § 1, (15. 2) 1 § 9, (15. 3) 3 § 1.

[13] (14. 6) 14, (15. 1) 12, 14, 16, 28, 37, (10. 3) 25, (35. 2) 83, (46. 1) 11, cit. (14. 6) 3 § 1. 2, 7 § 11. 12, (15. 1) 3 § 6, 9 § 5. 8, 11 § 2. 9, 13, (15. 3) 14 — falsch inskribiert (11 statt 12) —, (39. 1) 5 pr.

de peculio, quando de peculio actio annalis est, de in rem uerso, quod iussu. Diese Rubrikenfolge ist keineswegs dem Edikt entnommen. Zunächst: das SC Macedonianum kommt nur in den Kommentaren, nicht im Edikt selbst vor;[1] die Juristen knüpften dessen Besprechung an die Edikte über die mit Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Geschäfte an.[2] Weiter ist aber allem Anschein nach zu vermuten, daß im Album das edictum triplex[3] de peculio, de in rem uerso, quod iussu einschließlich des Edikts über die Annalklage de peculio voraufging, daß die Klausel über das beneficium competentiae hierzu nur eine Art Anhang bildete, und daß an der Spitze dieser sämtlichen Edikte nur die eine umfassende Rubrik stand, die ich nach D. (14.5) dem gegenwärtigen Paragraphen vorgesetzt habe. Hierfür spricht zunächst, daß der erwähnte Digestentitel in den Digesten selbst eine generelle, einleitende Bedeutung hat. Eigentlich kommentiert ist darin zwar nur die vorerwähnte Klausel. Aber das erste Fragment des Titels, ein Gai. 9 inskribierter, paraphrasierter Text,[4] der aber doch wohl seine Anknüpfung im Eingang des Originals gehabt haben wird, handelt nicht von dieser, sondern gibt den Inhalt des edictum triplex an und zwar so, als ob sich dies letztere direkt an die Edikte über die exercitoria, institoria, tributoria anschlösse; desgleichen haben fr. 4 § 5, fr. 8 des Titels keinerlei Beziehung zu jener Klausel. Ebenso entschieden bestätigt sich unsere Annahme durch Ulp. 29 (15. 1) 1 pr. § 1, ebenfalls eine paraphrasierende Einleitung:[5]

> Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc peruenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem uerso aut quod iussu hinc oritur actio.

So hätte auch ein Paraphrast schwerlich geschrieben, wenn zwischen den vorbesprochenen Edikten und dem triplex edictum noch eine andere Klausel gestanden hätte.[6] Weiter kommt in Betracht, daß in dem Edikt über das beneficium competentiae durch die Worte

> siue sua uoluntate siue iussu eius in cuius potestate fuerit contraxerit, siue in peculium ipsius siue in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit,

daß, sage ich, durch diese Worte deutlich auf den Inhalt des edictum triplex angespielt wird. Dadurch gibt sich jene Klausel selbst als ein wahrschein-

[1] Welchen Inhalt sollte ein Edikt ad senatus consultum Macedonianum gehabt haben? A. M. Rudorff, EP § 108, der, wie es scheint, an eine Erklärung des Prätors denkt, seine Jurisdiktion nach Maßgabe des SC einrichten zu wollen. Vgl. etwa Plin. epist. V, 9 [21], 3. Ähnlich auch H. Krüger, SZ 37, 250. Davon ist aber nichts überliefert. Noch weniger ist an eine Reproduktion des SC selbst im Album zu denken. Vgl. Wlassak, Edikt und Klageform 90 n. 4.

[2] Hierher gehören: Ulp. 29 (14. 6) 1, 3, 7, 9, 11, (12. 1) 14, (48. 9) 7; Paul. 30 (14. 6) 8, 10, 12; Gai. 9 eod. 13; Iulian. 12 eod. 14, (46. 1) 11, cit. (14.6) 3 § 1. 2, 7 § 11. 12.

[3] Ulp. 29 (15. 1) 1 § 1.

[4] Beseler III, 99.

[5] Pringsheim, Festschr. Lenel 275.

[6] A. M. P. Fabricius, d. gewaltfr. Institor 10 f.

lich später entstandener Anhang zum edictum triplex zu erkennen. Endlich darf auch noch die Codexrubrik (4. 26)

> Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur uel de peculio seu quod iussu aut de in rem uerso

als eine wesentliche Unterstützung unserer Vermutung gelten.

An unsere Rubrik schließt sich bei Rudorff[1] die weitere:

> „*(actiones) ex contractu earum personarum quae in manu mancipioue sunt*".

Als Inhalt des betreffenden Edikts zitiert er Gai. IV, 80.[2] Offenbar geht er dabei von der Ansicht aus, daß diese Stelle sich auf die von personae in manu mancipioue während der Dauer des Gewaltverhältnisses eingegangenen Schulden beziehe, und wirklich ist diese Ansicht ja weitverbreitet. Auch unter Voraussetzung ihrer Richtigkeit nun würde nicht bewiesen sein, daß der Inhalt von Gai. IV, 80 an dieser Stelle des Edikts stand; wahrscheinlicher wäre mir vielmehr die Annahme, daß, was Gaius berichtet, seinen Platz unter dem Titel *ex quibus causis in possessionem eatur* hatte. Allein, wie ich unten in § 212 dartun werde, ist die herrschende Deutung der Gaiusstelle überhaupt eine Unmöglichkeit, kann vielmehr Gaius l. c. nur von den vorgewaltlichen Schulden gehandelt haben. Traf den Gewalthaber der personae in manu mancipioue in Hinsicht der von ihnen während der Dauer des Gewaltverhältnisses eingegangenen Schulden überhaupt eine Haftung, so lag sicher nicht der geringste Grund vor, ihn einem andern Haftungssystem zu unterwerfen als den Gewalthaber von Sklaven oder Hauskindern; im Gegenteil spricht dann die durchgreifende Analogie des ganzen Verhältnisses zwingend für die Anwendbarkeit der adjektizischen Aktionen auch auf die Kontrakte jener Personen.[3] Setzt auch Gaius l. c. die personae in manu mancipioue in einen Gegensatz zu den Sklaven und Hauskindern, so braucht doch dieser Gegensatz nicht gerade da gesucht zu werden, wo er innerlich am unwahrscheinlichsten ist.[4] —

Im folgenden erörtere ich zunächst (1.) die sämtlichen unter unsere Rubrik gehörigen Edikte, sodann (2.) die dazu gehörigen Formeln.

I

Über das edictum triplex referiert Gai. 9 (oder sein Paraphrast) in h. t. (14. 5) 1[5] folgendermaßen:

[1] EP § 107, vgl. Bethmann-Hollweg, CP II, 567.

[2] Quod . . . ad eas personas quae in manu mancipioue sunt, ita ius dicitur, ut cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona . . . ueneant.

[3] S. auch Mandry, Familiengüterrecht II, 224.

[4] Das uero bei Gai. IV, 80 kann ebensogut einen partiellen Gegensatz bezeichnen, wie dasselbe Wort bei Gai. II, 90.

[5] Cf. Gai. IV, 70, I. (4. 7) § 4. 5. Für byz. hält das „edictum triplex" Fabricius, a.a.O.

> . . . proconsul . . . siue . . . iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur: siue non iussu, sed tamen in rem eius uersum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius uersum fuerit: siue neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.

Im Album stand zweifellos, wie in den Digesten, die Klausel de peculio voraus: denn gerade mit Bezug auf sie erörtert Ulpian die allen Klauseln gemeinsamen Eingangsworte des Edikts. Ulpians Kommentar gewährt hier folgende Ausbeute.

Ulp. 29 (15. 1) 1 § 2:

> Verba autem edicti talia sunt: QUOD CUM EO,[1] QUI IN ALTERIUS POTESTATE[2] ESSET (*est?*), NEGOTIUM GESTUM[3] ERIT.

Die Erläuterung dieser Worte geht (s. n. 2–4) bis fr. 5 § 2 eod. Bei fr. 5 § 3 beginnt die ausführliche Erörterung über Begriff und Umfang des „peculium"; sie umfaßt fr. 5 § 3. 4, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19 eod. Weiter kommentiert der Jurist in fr. 21 pr.–§ 2 die Worte „si quid dolo malo eius, in cuius potestate erit, factum erit quo minus peculii esset".[4] Schließlich finden wir in fr. 21 § 3 den Satz:

> Si dominus uel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamuis personalem (echt?) actionem suscipere.

Offenbar beziehen sich diese Worte auf den Abschluß der Klausel, der dann etwa gelautet haben mag: *in eum in cuius potestate erit iudicium dabo.* Als Gesamtwortlaut des Edikts bis hierher ergibt sich sonach:

> QUOD CUM EO, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET[5] (*est?*), NEGOTIUM GESTUM ERIT, *dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo.*

Ob die Klausel de in rem uerso einen eigenen Satz bildete oder ob noch in das obige Edikt selbst hinter „quo minus peculii esset" etwa die Worte eingeschoben waren *„siue quid inde in rem eius in cuius potestate erit, uersum erit"*, vermögen wir nicht zu entscheiden, da die Kompilatoren die Kommentare zum edictum triplex, wie oben gezeigt, in verschiedene Titel geschieden und dabei möglicherweise die ursprüngliche Ordnung der Erörterungen gestört haben. Sicher ist, daß jene Kommentare gelegentlich der Klausel de in rem uerso nichts als eben den Begriff „in rem (domini, patris) uersum" erläutern[6] und daß aus den beiden Klauseln de peculio und

[1] Ulp. 29 (15. 1) 1 § 3. 4, Gai. 9 eod. 27 pr.
[2] Ulp. 29 eod. 1 § 5. 6, 3 pr.–§ 4.
[3] Ulp. 29 eod. 3 § 5–ult., 5 pr.–§ 2.
[4] Zum Wortlaut vgl. (15. 2) 1 pr.
[5] De ante gesto cf. (15. 1) 42.
[6] Vgl. Ulp. 29 (15. 3) 1, 3, 5, 7, 10, 13, Paul. 30 eod. 8, 11, Gai. 9 eod. 4, 12.

de in rem uerso nur eine Formel entsprang (s. unten). Danach ist die Zusammenfassung beider auch im Edikt immerhin wahrscheinlicher.

Hinter der Doppelklausel de peculio deque in rem uerso (eventuell, wenn man zwei gesonderte Klauseln annimmt, zwischen diesen) denke ich mir die Klausel quando de peculio actio annalis est. Diese lautet nach Ulp. 29 (15. 2) 1 pr.:

> POST MORTEM EIUS QUI IN ALTERIUS POTESTATE FUERIT, POSTEAUE QUAM IS EMANCIPATUS MANUMISSUS ALIENATUSUE FUERIT, DUMTAXAT DE PECULIO ET SI QUID DOLO MALO EIUS IN CUIUS POTESTATE EST FACTUM ERIT, QUO MINUS PECULII ESSET, IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT, IUDICIUM DABO.

Dies Zitat ist indes weder fehlerlos noch vollständig. Statt „(dolo malo eius in cuius potestate) est" muß offenbar *fuerit* gelesen werden. Ferner aber läßt das Zitat die im Edikt jedenfalls enthalten gewesene Angabe vermissen, daß die actio gegen den ehemaligen Gewalthaber oder dessen Erben nur unter der Voraussetzung stattfindet, daß das peculium bei ihnen ist.[1] Dieses „bei ihm sein" war im Edikt und in der Formel durch das Wort „penes" ausgedrückt, wie sich aus folgenden Stellen ergibt.

Fr. 1 § 7 (15. 2):

> . . . et ait Caecilius teneri, quia peculium penes eum sit.

Cf. (15. 1) 32 pr. (erste Hälfte), 33, 34, 35, (33. 4) 1 § 10, s. auch (15. 1) 37 § 2. Vielleicht war auch noch hinzugefügt „doloue malo eius factum erit quo minus esset", vgl. (15. 2) 1 § 8.

Den Schluß des edictum triplex bildet die Klausel quod iussu, von der wir aber nur die Anfangsworte

> *quod iussu eius cuius in potestate erit*

bei Ulpian erläutert finden.[2] Die Ergänzung

> *negotium gestum erit, in eum, in cuius potestate erit, in solidum iudicium dabo*

ergibt sich von selbst.[3]

[1] Nur bei unserer Klausel stellte das Edikt ausdrücklich diese Voraussetzung auf. Daher finden wir denn auch, abgesehen von unserer Klausel, das Erfordernis nur da betont, wo die potestas mehrern zusteht und es sich fragt, ob und inwieweit gegen jeden von diesen geklagt werden kann. Vgl. (15. 1) 12, 32 pr. (zweite Hälfte). Die Vereinzelung dieser Stellen gegenüber den zahlreichen Zeugnissen, die ich im Text anführe, läßt erkennen, daß das Erfordernis hier nicht ediktal gewesen sein kann, sondern auf Interpretation beruhte, die dann den ihr adäquaten Ausdruck der Klausel quando de peculio actio annalis est entnahm. Wo nur ein Gewalthaber da war und gegen diesen de peculio geklagt wurde, wäre es ein sinnloses Superfluum gewesen, wenn der Prätor zu der Anweisung, ihn de peculio zu kondemnieren, noch hinzugefügt hätte: si penes eum est. Irrig daher Baron, die adjectiz. Klagen 164. Gegen diesen auch Solazzi, bullett. 17, 264 n. 2.

[2] Quod iussu: h. t. (15. 4) 1 § 1-6, eius in cuius potestate erit: eod. 1 § 7-9, vgl. Paul. 30 eod. 2.

[3] Vgl. auch Gai. IV, 70 und Gai. 9 (14. 5) 1.

Es erübrigt nun nur noch das bei Ulp. 29 (14. 5) 2 pr. wörtlich erhaltene Anhangsedikt:[1]

> IN EUM QUI EMANCIPATUS AUT EXHEREDATUS ERIT[2] QUIUE ABSTINUERIT SE[3] HEREDITATE EIUS, CUIUS IN POTESTATE CUM MORITUR FUERIT, EIUS REI NOMINE, QUAE CUM EO CONTRACTA[4] ERIT, CUM IS IN POTESTATE ESSET, SIUE SUA UOLUNTATE SIUE IUSSU EIUS IN CUIUS POTESTATE FUERIT CONTRAXERIT SIUE IN PECULIUM IPSIUS SIUE IN PATRIMONIUM EIUS, CUIUS IN POTESTATE *FU*ERIT, EA RES REDACTA FUERIT, ACTIONEM CAUSA COGNITA[5] DABO IN QUOD FACERE POTEST.

2

Unter den Formeln, die den soeben betrachteten Ediktklauseln entspringen,[6] erledigt sich am leichtesten die der actio quod iussu. Erinnert man sich an das in § 102 Angeführte, so kann es, wenn das dort gefundene Ergebnis richtig ist, als gewiß betrachtet werden, daß sie sich genau an die directa actio anschloß. Kellers Formel[7]

> *Quod iussu N^i N^i patris A^s A^s Gaio N^i N^i filiofamilias togam uendidit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Gaium filium $A^o A^o$ d. f. o. ex fide bona, eius N^m N^m patrem A^o A^o c. s. n. p. a.*

dürfte im wesentlichen richtig sein. Nur möchte ich statt der Worte pater und filiusfamilias im Anschluß an den Edikttext eher vorschlagen, der demonstratio ein „cum is in potestate N^i N^i esset" einzufügen,[8] etwa so:

> *Quod iussu N^i N^i A^s A^s Gaio, cum is in potestate N^i N^i esset, togam uendidit.*

Eine derartige Fassung ist auch schon deshalb geboten, weil die entscheidende Frage nicht die ist, ob Gaius zur Zeit des Prozesses, sondern die, ob er zur Zeit des Geschäftsabschlusses in potestate N^i N^i war. Bei Sklaven trat in die intentio die gewöhnliche Fiktion.[9] Die demonstratio — dies ist noch besonders hervorzuheben, weil es von Rudorff (EP § 105 n. 23) bestritten wird — war m. E. auch bei formula certa wegen der notwendig zu erwähnenden Klagvoraussetzung des iussum unentbehrlich. Ob sie hier mit Keller, CP n. 478, in Präskriptionsgestalt zu denken ist, ist mir wegen der Konsumtionsfolgen sehr zweifelhaft.

Weit größere Schwierigkeiten machen die übrigen Formeln. Hier ist

[1] Vgl. zu diesem noch C. (4. 26) 2, 8 [9].

[2] Ulp. 29 (14. 5) 2 § 1, 4 pr. § 1, Paul. 30 eod. 5 § 1.

[3] Paul. 30 eod. 5 § 2.

[4] Ulp. 29 eod. 4 § 2, Paul. 30 eod. 5 pr.

[5] Ulp. 29 eod. 4 § 4.

[6] Zur Klausel in eum qui emancipatus war m. E. keine besondere Formel proponiert, da es sich hier ja nur um einen Zusatz zur condemnatio handelte. Die von Rudorff, EP § 104, hier aufgeführten formulae ficticiae sind, mit Ausnahme der auf die Fiktion „si capite deminutus non esset" gestellten, unhaltbar. Aber auch hinsichtlich dieser einen Fiktion ist die Frage, ob dieselbe hier notwendig ist, keineswegs unzweifelhaft. Vgl. Cohn, Beiträge, Heft II, 340 ff.

[7] Jahrbb. d. gem. Rechts III, 194.

[8] Vgl. auch Rudorff, EP § 105.

[9] Vgl. § 102 (S. 261, 265 f.).

zunächst eine Vorfrage zu lösen: die nämlich, ob für die actio de peculio und de in rem uerso nur eine oder aber zwei Formeln proponiert waren. Ich glaube mich mit Keller, dem die herrschende Meinung folgt, entschieden für die erstere Alternative erklären zu sollen. Die Identität der Formel ist durch Gaius und die Institutionen direkt bezeugt. Gai. IV, 74 i. f.:

eadem formula et de peculio et de in rem uerso agitur.

§ 4^b I. (4. 7):

licet . . . una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini uersum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini uersum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini uersum intellegatur aut non totum.

In gleicher Richtung beweisen eine ganze Reihe weiterer Stellen,[1] unter denen ich nur fr. 1 § 10 (15. 2) hervorhebe, weil hier das Inbegriffensein der Klausel de in rem uerso in der actio de peculio besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Was man gegen diese Zeugnisse vorgebracht hat,[2] scheint mir nicht durchschlagend. Daß die Lehre in den Digesten in zwei Titel zerlegt ist, beweist gegen die una actio schon darum nichts, weil dieselbe Tatsache dann auch gegen die Zusammenfassung unter eine Ediktrubrik sprechen würde, welch letztere doch in fr. 1 § 1 (15. 1) ausdrücklich bezeugt ist: es waren sicherlich bloß Gründe der Übersichtlichkeit des Systems, was die Kompilatoren zur Zerlegung der Kommentare, die sich auf das edictum triplex beziehen, unter vier verschiedene Titel bewog. Ebensowenig kommt in Betracht, daß in den beiden Titeln de peculio und de in rem uerso meistens nur auf den einen Erfolg der actio — entweder de peculio oder de in rem uerso — reflektiert wird: sehr natürlich, denn dort wurde die Klausel de peculio, hier die de in rem uerso erläutert, die, wenn sie auch in einem Edikt und einer Formel standen, doch jede gesonderten Kommentars bedurften. Wenn ferner mitunter auch Beispiele von reiner actio de peculio oder reiner actio de in rem uerso ohne den Zusatz der andern Klausel in den Quellen vorkommen, so ist das nicht befremdlich: wollte jemand die eine oder andere Klausel weglassen, etwa weil doch aussichtslos, so wird der Prätor gegen deren Abtrennung nichts einzuwenden gehabt haben. Übrigens muß man sich hüten, hierher alle die Fälle zu rechnen, in denen die Juristen sich nur mit dem einen der beiden Erfolge beschäftigen:[3] da sehr häufig nur der eine derselben praktisch in Betracht kam, so geht aus einer derartigen Beschränkung der Erörterung meines Erachtens gar nichts hervor. Sichere Beispiele für die Möglichkeit der Abtrennung der Klausel de in rem uerso enthalten fr. 1

[1] (5. 1) 57, (15. 1) 41, (15. 2) 1 § 10, (18. 4) 2 § 6, (19. 2) 60 § 7, (23. 3) 57, (24. 3) 22 § 12, (42. 8) 6 § 12, C. (4. 26) 12.

[2] Bekker, Aktionen II, 336ff. Karlowa, RG II, 1154, nimmt neben der einheitlichen actio de peculio deque in rem uerso noch eine besonders proponierte actio bloß de in rem uerso, aber nicht de peculio an.

[3] Dahin gehört z. B. das von Bekker angeführte fr. 7 § 15 (42. 4).

§ 10 (15. 2) und fr. 19 (15. 3).[1] Aber auch die der Klausel de in rem uerso war möglich, wie am sichersten aus fr. 20 pr. und 21 (15. 3) hervorgeht.[2]

Die Einheit der actio de peculio und de in rem uerso festgestellt, ergibt sich im übrigen die Gestalt der Formel aus folgenden Erwägungen. Die duae condemnationes der Institutionen können in jenem Zusammenhang nichts anderes besagen wollen, als daß die Formel eine zwiefache Kondemnationsanweisung enthielt: *condemnato de peculio et si quid in rem domini (patris) uersum est.* Zwar hat Bekker[3] dies bestritten, mit dem Anführen, daß der Justinianische Prozeß Kondemnationsklauseln ja überhaupt nicht mehr gekannt habe und solche also in den Institutionen nur durch grobes Versehen der Redaktoren erwähnt sein könnten. Aber dieser Einwand widerlegt sich durch die Tatsache, daß die Byzantiner selber unter den duae condemnationes eine Kondemnationsklausel verstanden. Ein von Zachariä ohne Zweifel mit Recht dem Stephanus zugeschriebenes Scholium zu fr. 36 de peculio[4] belehrt uns:

κινῶν γὰρ οὕτω λέγει· καταδίκασον εἰς τὸ πεκούλιον καὶ εἰς τὸ βέρσον[5] . . .

Vgl. ferner schol. 9 in Basil. XII, 1, 61 (Heimb. I, 768), schol. 2 in Basil. XVIII, 2, 1 (suppl. Basil. 178), schol. 14 in Basil. XVIII, 6, 1 (eod. 237). Diese Stellen beweisen, daß die Kondemnationsklauseln des klassischen Prozesses, wenn auch von der Wortstrenge entbunden, auch noch im Justinianischen Prozesse vorkamen, wahrscheinlich als ein an die intentio angeschlossenes Petitum in den Klaglibellen.

Kam die eigentümliche Richtung und Beschränkung der actio in der condemnatio zum Ausdruck, so folgt fast mit Notwendigkeit, daß umgekehrt die intentio mit Dasein und Umfang des Pekuliums und der in rem uersio nichts zu tun hatte, und dies wird direkt bestätigt durch das vielbesprochene fr. 30 pr. (15. 1):

> Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt: intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio[6] . [idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit . quae sententia et a nobis probanda est].[7]

[1] Wenn in letzterer Stelle die adiectio der Klausel für notwendig erklärt wird, so folgt daraus per contrarium, daß sie in andern Fällen nicht notwendig war. Vgl. Solazzi, peculio e in rem verso, st. Brugi, SA 6.

[2] Solazzi, a. a. O. 19f., glaubt aus diesen Stellen das Gegenteil entnehmen zu können. Wenn er sie aber, wie ich dies glaube, richtig deutet, so geht aus ihnen nur hervor, daß die actio de i. r. u. pura als utilis actio de i. r. u. bezeichnet wurde. Die angef. Stellen geben keinen Anlaß, das Anwendungsgebiet dieser utilis actio irgendwie zu beschränken.

[3] a. a. O. II, 337.

[4] Suppl. Basil. 223 sch. 140.

[5] Nam cum agit, sic dicit: condemna eum peculio tenus et quatenus uersum est.

[6] Hierher Ulp. 29 (33. 8) 11.

[7] Itp. Beseler 2, 137; 3, 47. Der Interpolator zieht die a° ad exhib. und die r. u. analog heran, um klarzustellen, daß für das Zutreffen der intentio das esse aliquid in peculio ebenso unwesentlich ist, wie bei jenen Aktionen der Besitz des Beklagten. Wie Bekker (prozess. Konsumtion 85ff., Aktionen II, 342) aus fr. 30 pr. den Schluß ziehen kann, gerade die intentio müsse die

Fragen wir weiter, wie wir uns die intentio näher denken sollen, so führen die Ergebnisse, die ich in § 102 festgestellt habe, mit Bestimmtheit dahin, daß sie auf die Person des Kontrahierenden, d. h. des Gewaltunterworfenen, gestellt war und sich in ihrer Fassung genau an die intentio der betreffenden actio directa anschloß, nur daß bei in ius konzipierter intentio die Formel aus Sklavenkontrakt die Fiktion si liber esset aufnehmen mußte. Gerade bei unserer actio fehlt es für diese Annahme nicht an mannigfacher besonderer Bestätigung. Von der Bedeutsamkeit der actio annalis de peculio nach dieser Richtung war schon in § 102 die Rede. Zur letzteren Stelle tritt noch das insoweit nicht itp. fr. 32 § 3 (22. 1), wonach dem Vater bei der actio de peculio die eigene mora nicht schadet, die des Sohnes aber schadet. Ferner finden wir, sei es auch in einer itp. Stelle, unsere actio der Hauptactio als einem *directo agere* entgegengesetzt.[1] *Actio ex qua pater de peculio actionem patitur* heißt letztere im Verhältnis zur actio de peculio, ein agere eius actionis nomine wird die actio de peculio genannt.[2] Nicht selten wird der actio de peculio der Name der Hauptactio beigesetzt,[3] ja es werden Fragen, die die actio de peculio angehen, geradezu als Fragen hinsichtlich jener bezeichnet.[4] War ein filius familias mit der actio directa verklagt, und er stirbt nach der Litiskontestation, so ist, um nun die adjektizische Haftung des Vaters geltend zu machen, nicht etwa ein neues iudicium notwendig, sondern „transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius uersum est“;[5] die Möglichkeit dieser translatio spricht, scheint mir, ganz entschieden für die Identität der intentio. Und zu alledem kommt endlich noch das nicht zu unterschätzende, ausdrückliche Zeugnis des Stephanus in dem oben angeführten schol. in Basil. XII, 1, 61, wo die Formel der actio de peculio so umschrieben wird:[6]

Bedenken angeregt haben, über die der Jurist berichtet (quaesitum est), ist nicht recht verständlich. Jene Bedenken resultieren vielmehr aus dem erst allmählich überwundenen Zweifel, ob nicht die Zuständigkeit einer actio dadurch bedingt sei, daß sämtliche Voraussetzungen der Kondemnation bereits im Moment der Litiskontestation vorhanden. Die zur Herrschaft gelangte Proculianische Ansicht ist die, daß im Moment der L. C. nur die intentio zuzutreffen brauche: das steckt implicite in dem „intenditur enim recte“. Wie Bekker, auch Baron, die adjektiz. Klagen 138ff. Daß auch bei der r. u. der gedachte Zweifel durch den Einfluß des Proculus beseitigt wurde, bestätigt noch fr. 27 § 1 (6. 1). Wegen Barons (adjektizische Klagen 148) quidquid de peculio N^m N^m praestare oportet verweise ich auf das zu § 102 Ausgeführte.

[1] Fr. 3 § 4 (13. 6).

[2] Fr. 3 § 11 (15. 1), cf. fr. 18 (14. 6).

[3] Vgl. z. B. (15. 1) 3 § 7. 10. 11, 27 pr., 36, 38 pr., (16. 3) 27, (21. 1) 23 § 4, s. auch (15. 3) 7 § 4. Daß in der großen Mehrzahl der Stellen das Gegenteil der Fall ist, erklärt sich sehr leicht daraus, daß eben doch die Haftung des Gewalthabers auf einer besondern Ediktklausel und proponierten Formel beruhte. Vgl. Mandry, Familiengüterrecht II, 254.

[4] (15. 1) 36: est in actione de dote (rei uxoriae) agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conueniretur.

[5] (5. 1) 57. Vgl. auch (49. 17) 18 § 5, wo die Pflicht des Vaters zur Übernahme der actio de peculio wegen castrensischer Schulden verneint und dann hinzugefügt wird: et si sponte patiatur, ut quilibet defensor, satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet.

[6] Auf dies Zeugnis hat hingewiesen: Krüger, SZ 4, 111.

εἰ τόνδε τὸν ὑπεξούσιον φαίνεται ἐποφείλειν μοι τόσα νομίσματα, καταδίκασον τὸν πατέρα ἢ τὸν δεσπότην de peculio.

Hiernach möchte sich folgende Rekonstruktion der actio depositi de peculio[1] schwerlich weit von der Wahrheit entfernen:[2]

> [3] *Quod Aˢ Aˢ apud Stichum, qui in Nⁱ Nⁱ potestate est,*[4] *mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, A° A° dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex Nᵐ Nᵐ A° A° dumtaxat de peculio et si quid dolo malo Nⁱ Nⁱ* [5] *factum est, quo minus peculii esset, uel si quid in rem Nⁱ Nⁱ inde uersum est, c. s. n. p. a.*

Keller und ebenso Rudorff hängen der condemnatio noch eine weitere Klausel an: „*praeterea etiam si quid dolo malo Nⁱ Nⁱ captus fraudatusque Aˢ Aˢ est*" (Rudorff: *et si quid praeterea dolo malo . . . sit*). Dies ist ein unzweifelhaftes Mißverständnis, wie ich S. 293ff. näher darlegen werde.

Die actio annalis de peculio wird sich von obiger vermutlich nur in folgenden Punkten unterschieden haben. Das Gewaltsverhältnis muß in der demonstratio als ein vergangenes bezeichnet gewesen sein. Die Fiktion muß, wenn der Sklave freigelassen worden war, gelautet haben „*si tunc liber fuisset*", wenn er gestorben war, etwa: *quidquid A° A°, si apud liberum deposuisset,*[6] *eo nomine dari fieri oporteret.* Ferner muß die Kondemnationsbedingung, daß das peculium penes Nᵐ Nᵐ sei, irgendwie zum Ausdruck gekommen sein, und zwar aller Wahrscheinlichkeit nach in der condemnatio[7] selbst, wo dem „de peculio" die Worte „quod penes Nᵐ Nᵐ est" beigefügt worden sein werden.[8] Endlich schob sich die

[1] Wesentlich übereinstimmend: Kellers Fassung in Jahrbb. des gem. Rts. III, 194f.

[2] Ulpian behandelt die Musterformel in fr. 30 de peculio (intentio im pr., de peculio: § 1–5, clausula doli: § 6. 7).

[3] *Quod Aˢ Aˢ Sticho mercem uendendam mandauit:* (14. 3) 12.

[4] „Cum . . . esset" (Rudorff, EP § 105)? Mir war maßgebend die Erwägung, daß die Zuständigkeit der actio de peculio bekanntlich nicht davon abhängt, daß der jetzige Gewalthaber schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses Herr des Sklaven war. Vgl. (15. 1) 27 § 2. Nach fr. 9 § 8 (11. 1) könnte man versucht sein, anzunehmen, daß der Tatsache der potestas in der Formel überhaupt nicht gedacht war; dann wäre an eine exceptio „si . . . in potestate Ni Ni est" zu denken. Allein die Stelle will doch wohl, mit besonderer Rücksicht auf die actio annalis, nur betonen, daß diese Tatsache für die Haftung nicht allein entscheidend sei: man kann den Sklaven in potestate haben und doch nicht haften, und umgekehrt.

[5] Hier schiebt Rudorff ein: in hoc anno. Dies wird durch fr. 30 § 6 (15. 1) nicht gestützt, sondern widerlegt. Die freilich itp. Wendung „fortassis . . . non patictur" spricht nämlich offenbar gegen die Annahme, es sei der annus utilis in der Formel erwähnt gewesen.

[6] Die Fiktion si uiueret (Keller) ist mir bedenklich.

[7] Anders die 1. Aufl., wo ich (wegen der dort nicht richtig beurteilten Konsumtionsverhältnisse) an die demonstratio dachte. Klagte der Käufer des Sklaven de peculio wider den Verkäufer, so mußte der condemnatio noch die Klausel „deducto eo quod apud ipsum peculii seruus habet" beigefügt werden, (15. 1) 27 § 6, 47 § 4. Vgl. hierüber Solazzi, ius deductionis, st. Fadda I, 345ff.

[8] Über die Frage, wie die Formel wider die Erben des Gewalthabers abgefaßt wurde, vgl. Solazzi, l'actio de pec. ann. (st. Moriani SA) 1905, 15f. Er unterscheidet, ob die actio annalis schon bei Lebzeiten des

exceptio annalis, als ständiger Zusatz, wahrscheinlich hinter die clausula doli.[1] —

Unsere Untersuchung hat uns im wesentlichen zu gleichen Ergebnissen, wie seinerzeit Keller, geführt. Ich würde aber meine Aufgabe nur sehr unvollkommen gelöst haben, wenn ich diese Ergebnisse nicht gegen gewisse Einwendungen sicherzustellen versuchte, die von Bekker wiederholt[2] dagegen erhoben worden sind. Bekker beruft sich auf die Konsumtionsverhältnisse bei der actio de peculio, die mit Kellers (und ebenso auch unserer) Rekonstruktion unvereinbar seien. Eine Formel, so argumentiert er, in deren intentio ein Anspruch in seinem vollen Umfange zum Ausdruck komme, habe notwendig diesen vollen Anspruch in iudicium deduzieren und daher konsumieren müssen, mochte auch die condemnatio einen einschränkenden Zusatz tragen. Dies sei nicht bloß als Konsequenz der Formelfassung gewiß, sondern auch für den Fall, daß die condemnatio auf quod facere potest eingeschränkt sei, positiv anerkannt.[3] Wäre also die actio de peculio in Kellers Weise konstruiert gewesen, schließt Bekker weiter, so hätte durch ihre Erhebung der Anspruch wider den Gewaltunterworfenen in seinem vollen Umfange konsumiert werden, ihre nochmalige Erhebung mithin ohne zuvorige Restitution unmöglich sein müssen, auch dann, wenn Kläger bei der ersten Klage lediglich wegen Unzulänglichkeit des Pekuliums zu kurz gekommen sei. Gerade das Gegenteil aber sei bezeugt in fr. 30 § 4 (15. 1):

> Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.

Daraus folge, daß die Formel der actio de peculio die Einschränkung der Haftung in anderer Weise, etwa in Form der praescriptio, zum Ausdruck gebracht haben müsse.

Diese Argumentation hat seinerzeit auf mich starken Eindruck gemacht. Ich hielt zwar an Kellers Formulierung fest, glaubte mich aber, um der von Bekker gezogenen, anscheinend zwingenden Schlußfolgerung zu entgehen, genötigt,[4] Bekkers Prämisse — daß nämlich die intentio maßgebend sei für den Umfang der prozessualen Konsumtion — zu bestreiten, und kam so zu dem Zugeständnis, daß die actio de peculio, trotz ihrer den ganzen Anspruch umfassenden intentio, dennoch, wenigstens nach der Ansicht gewisser römischer Juristen, den Anspruch nicht weiter konsumiert habe als das derzeitige Pekulium ihn deckte. Nach meiner heutigen Über-

Gewalthabers begründet war und dann auf die Erben nur überging, oder ob sie durch den Tod des Gewalthabers überhaupt erst entstand. Dort nimmt er scissio actionis in actiones pro rata an (auf Grund von fr. 14 § 1 de pec.), hier actio in solidum bis zum Belauf des an einen jeden gelangten Pekuliums. Die Unterscheidung ist scharfsinnig begründet, steht aber in Widerspruch mit dem Eingang von fr. 32 pr. de pec., den daher S. für interpoliert hält.

[1] Fr. 1 § 10 (15. 2): quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem uersum pertinet.

[2] Prozessual. Kons. 82ff., Aktionen II, 333ff., bes. 341ff.

[3] Vgl. (15. 1) 47 § 2.

[4] Vgl. die 1. Aufl. 226f.

zeugung ist dieser Standpunkt nicht haltbar. Zwar möchte ich auch jetzt nicht jener Prämisse ganz unbedingt beitreten: wo die condemnatio so gefaßt ist, daß sie unter allen Umständen nur eine Verurteilung pro parte möglich macht, eine Verurteilung im vollen Umfang des in der intentio verkörperten Anspruchs also ausschließt,[1] wurde m. E. dieser Anspruch auch nur pro parte konsumiert. So aber liegt die Sache gerade bei der actio de peculio nicht: wenn das peculium ausreichte, konnte der Kläger Kondemnation wegen seines ganzen Anspruchs erlangen, und eben deshalb mußte, wenn Kellers Formulierung das Richtige trifft, auch dieser ganze Anspruch von der Konsumtion betroffen werden. In der Tat ergibt sich dies auch klar sowohl daraus, daß nach fr. 4 § 5 (14. 5) die actio quod iussu durch die actio de peculio konsumiert wird,[2] wie insbesondere aus dem vielbesprochenen fr. 32 pr. de peculio, das Kellers Meinung aufs stärkste unterstützt. Die Stelle behandelt ja nicht genau den gleichen Fall wie fr. 30 § 4 cit. Während hier von einem Gläubiger die Rede ist, der rursus aucto peculio zum zweiten Male gegen den gleichen Beklagten auftritt, erörtert der Jurist in fr. 32 pr. Fälle, wo wegen Teilung oder Duplizität des Pekuliums der Gläubiger in der Lage ist, gegen verschiedene Gegner de peculio klagen zu können. Allein ein innerer Grund hier anders zu entscheiden als dort, läßt sich schlechterdings nicht finden. Ist es nach fr. 32 pr. zweifellos, daß, wenn die actio de peculio gegen einen der Erben des ehemaligen Gewalthabers erhoben wurde, dadurch die Obligation allen Erben gegenüber konsumiert wurde,[3] obwohl der einzelne nur bis zum Belauf des peculii quod penes se habet kondemniert werden durfte, so bleibt es unerklärlich, warum im Fall des fr. 30 § 4 die Konsumtion sich auf den Belauf des derzeitigen Pekuliums eingeschränkt haben soll. Es liegt also ein Widerspruch in den Quellen vor, dessen Lösung aber heute zuverlässiger möglich ist als vordem. Schon Keller und nach ihm andere haben angenommen, daß die Entscheidung in fr. 30 § 4 eine als selbstverständlich nicht erwähnte Restitution voraussetze. Es ist Bekker zuzugeben, daß der überlieferte Text diese Lösung nicht zuläßt. Wir haben aber m. E. allen Grund, diesem Texte zu mißtrauen, der allem, was wir sonst über die Konsumtion bei der actio de peculio wissen, widerspricht. Die Annahme, daß im Urtext statt potest gestanden hat: non potest, ist nicht zu kühn.[4] Aber auch ein zweites ist

[1] S. oben S. 258.

[2] Vgl. auch die treffenden Ausführungen von Gradenwitz, SZ 27, 247 ff.

[3] Anders freilich Bekker, Aktionen II, 348. Er meint, in den Fällen des fr. 32 pr. sei der Anspruch doch immer nur bis zum Belauf des Gesamtpekuliums konsumiert worden, und sucht diesen Effekt durch entsprechende Vermutungen über die Fassung der Formel zu rechtfertigen. Demgegenüber muß man fragen: was sollte die Römer (wenn ihnen die Beschränkung der Konsumtion auf den Belauf des Pekuliums sonst geläufig war) veranlaßt haben, gerade die auf diese Fälle berechneten Formeln so zu konstruieren, daß sie zu unbilligem Effekte führen mußten?

[4] Für Einschiebung des *non* haben sich auch Ferrini, SZ 21, 195, und Gradenwitz, SZ 27, 250 ff., erklärt. Die von letzterem angezogenen stilistischen Erwägungen würden, für sich allein, mich freilich nicht überzeugen.

möglich. Wir wissen, daß just in dem Gebiet, das uns hier beschäftigt, die Kompilatoren bewußt und absichtlich — wenn auch, nach ihrer Art, nicht systematisch und konsequent — darauf bedacht waren, die Spuren derjenigen Restitution zu verwischen, mittels deren man den Unbilligkeiten der prozessualen Konsumtion zu begegnen pflegte. Dafür liefert das zu den Straßburger Ulpianfragmenten gehörige kleine Bruchstück aus Ulpians lib. II disputationum[1] den dokumentarischen Beweis. Hier haben wir ein Stück des Originaltexts der Stelle vor uns, die uns in fr. 32 pr. mit Justinianischen Veränderungen erhalten ist, und ersehen daraus, daß die Kompilatoren in dem Passus „tamen aequitas dictat iudicium in eos dari qui occasione iuris liberantur" vor iudicium das wichtige Wort „resc*issorium*" gestrichen haben. Wenn sie nun in solcher Tendenz an die Äußerungen der Klassiker herantraten und etwa bei Ulpian den Satz fanden

> is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti *ipso quidem iure* agere *non* potest, *sed praetor causa cognita rescisso superiore iudicio denuo ei agere permittet:*

mußte es ihnen da nicht außerordentlich naheliegen, die oben kursiv gedruckten Worte zu streichen und so den Text herzustellen, den wir jetzt in fr. 30 § 4 vor uns haben?[2] Sobald wir aber fr. 30 § 4 aus dem Spiele lassen, steht Bekkers Angriff völlig in der Luft. Was sonst noch an Quellenzeugnissen zu dessen Unterstützung angeführt worden ist, ist bedeutungslos. So vor allem fr. 26 § 1 (12. 2). Hier ist entschieden, daß, wenn der Vater iureiurando delato schwört „in peculio nihil esse", dies die Klage de peculio post adquisito nicht ausschließe. Aber der Eid wirkt sehr natürlich nicht weiter als sein Inhalt fordert; die Behauptung,[3] „daß das iusiurandum in iure(?) delatum ebenso konsumierend wirkt wie die Litiskontestation", ist nur mit sehr erheblichen Einschränkungen richtig. Ebensowenig fällt fr. 47 § 2 de peculio ins Gewicht. Kommt dieser Stelle überhaupt irgendwelche Bedeutung für unsere Frage zu, so beweist sie gegen Bekker für die Totalkonsumtion; hätte die a° de peculio den Anspruch nur bis zur Höhe des derzeitigen Pekuliums konsumiert, so wäre die hier behandelte Frage, ob der de peculio Belangte Kaution de futuro incremento peculii zu stellen habe, gar nicht aufgeworfen worden. Es ist überhaupt willkürlich, wenn

[1] Sitzungsber. der Preuß. Akad. 1904, 1161, SZ 25, 369.

[2] In ganz gleicher Weise haben sie in fr. 3 § 2 (7. 2) aus dem „ipso quidem iure non amittet, sed praetor . . . utilem actionem dabit" des in Vat. 83 erhaltenen Originals ein einfaches „amittet" gemacht. Gegen obige Vermutung Solazzi, bull. 19, 10f. und die von ihm Angef., auf Grund des im Text weiterhin besprochenen fr. 47 § 2 (47. 2). Paulus lehne hier die Kautionspflicht ab, nicht weil der Gläubiger schon durch die i. i. r. gedeckt sei, sondern weil er über den Belauf des derzeitigen Pekuliums hinaus überhaupt nicht hafte. Allein erstere Begründung wäre unzureichend gewesen; die Kaution de futuro incremento hätte trotz der Möglichkeit einer i. i. r. guten Sinn gehabt; sie ersparte die Notwendigkeit, die i. i. r. zu erbitten, deren Erteilung doch immer von dem nicht sicher berechenbaren Ermessen des Prätors abhing.

[3] Karlowa, RG II, 1143 n. 3. Vgl. dagegen Erman, SZ 19, 338 n. 2.

die hier statuierte Verschiedenheit zwischen actio pro socio und actio de peculio auf eine Differenz zwischen ihnen hinsichtlich der prozessualen Konsumtion zurückgeführt wird.[1] Die Stelle besagt, daß der de peculio Belangte, auch wenn die Kondemnation hinter dem Betrag des Anspruchs zurückbleibe, doch keine Kaution de futuro incremento peculii zu stellen brauche; die Sache liege hier anders als bei der actio pro socio, wo der Verurteilte, dem das beneficium competentiae zu gut gekommen ist, mit Rücksicht auf die Möglichkeit künftiger Vermögensvermehrung allerdings Kaution zu stellen hat, „quia socius uniuersum debet." Von Konsumtion ist hier mit keinem Wort die Rede, und die Erklärung der Entscheidung liegt m. E. auf ganz anderm Boden. Der socius wird, „quia uniuersum debet", durch die Auferlegung der Kaution in keine andere Rechtslage gebracht, als schon das Recht der actio pro socio selber mit sich bringt. Hätte man dagegen dem de peculio Verurteilten die Kaution, d. h. eine persönliche Verpflichtung de futuro incremento peculii, aufgezwungen, so waren nur zwei Möglichkeiten. Entweder man mußte ihm gestatten, andern Pekuliargläubigern gegenüber sofort den Betrag dieser Verpflichtung vom incrementum peculii zu deduzieren: dies wäre darauf hinausgekommen, daß der Kläger mittels der Kaution schon jetzt auf das noch gar nicht vorhandene künftige Pekulium hätte für sich Beschlag legen können, und die andern Pekuliargläubiger hätten den Schaden getragen.[2] Oder man gestattete jene deductio nicht: dann wäre die Haftung des Gewalthabers ediktwidrig über den Belauf des Pekuliums hinaus ausgedehnt worden. Beides gleich unbillig.[3] Die Erwägung, daß der Gewalthaber dem Gläubiger überhaupt nicht mehr schulde als was derzeit im Pekulium ist, mußte vielmehr notwendig dahin führen, jedes Kautionsbegehren über diesen Belauf hinaus als ungerechtfertigt abzulehnen. Die prozessuale Konsumtion hat hiermit gar nichts zu tun.[4]

Die obigen Ausführungen waren notwendig, um die von mir angenommene Formulierung der actio de peculio gegen Zweifel zu sichern. Weiter den Kontroversen nachzugehen, die die Konsumtionslehre bei der actio de peculio in älterer und neuerer Zeit wachgerufen hat, liegt außerhalb der Aufgabe dieses Buchs.[5]

[1] Vgl. Bekker, proz. Cons. 83, auch wieder Affolter, krit. Vjschr. 42, 363.

[2] Dabei sehe ich noch von Komplikationen, wie sie z. B. die Anwendbarkeit der actio tributoria mit sich bringen konnte, ab.

[3] Gegen die oben gestellte Alternative Solazzi, bull. 20, 19². Er meint, der Kautionsgläubiger hätte dem Gewalthaber unter allen Umständen gestatten müssen, von dem incrementum die Beträge abzuziehen, die er andern Pekuliargläubigern gezahlt habe oder auf die er ihnen verurteilt gewesen sei. Dazu hätte es m. E. eines nicht leicht zu formulierenden Vorbehalts in der Kaution selbst bedurft. In der Stelle selbst ist nur von einer cautio de fut. incr. schlechtweg die Rede.

[4] Ebenso auch Erman, SZ 19, 338 n. 3.

[5] Aus der umfangreichen neueren, zum Teil bereits freilich durch die Entdeckung der Straßburger Ulpianfragmente schon wieder veralteten Literatur vgl. insbesondere v. Pokrowsky, SZ 16, 33 ff., Erman, SZ 19, 327 ff., 20, 243 ff., Ferrini, arch. giur. 64, 78 ff., riv. Ital. p. l. sc. giur. 27, 389 ff.,

§ 105. AD SENATUS CONSULTUM VELLAEANUM [1]

Ulp. 29,[2] Paul. 30,[3] Gai. 9,[4] Iulian. 12.[5]

Der Prätor gewährte hier zwei Aktionen, deren Bestimmung es war, dem Gläubiger, der durch die ungültige Interzession der Frau seinen eigentlichen Schuldner eingebüßt hatte, Hilfe gegen diesen zu gewähren. Ulpian behandelt diese Aktionen von fr. 8 § 7 h. t. ab und zwar die erste restitutoria

> quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio

in fr. 8 § 7–13, vgl. Gai. 9 h. t. 13 § 1. 2;[6] die zweite h. z. T. sog. institutoria in fr. 8 § 14. 15 h. t.:

> Si, cum essem tibi contracturus, mulier interuenerit, ut cum ipsa potius contraham, uidetur intercessisse: quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata: verbi gratia si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatu conuenieris.[7]

Auf beide Aktionen zusammen geht fr. 10 h. t.

Die Formel der actio restitutoria war fiktizisch[8] nach dem Schema: si Seia non intercessisset, tum si N^m N^m dare oporteret. Über die Fassung der institutoria wissen wir nichts. Man hat fiktizische Formulierung[9] wie solche mit Personenumstellung,[10] vorgeschlagen; auch Formulierung in factum wäre denkbar. Musterfall für sie war gewiß nicht die Stipulation, sondern die im SC vorgesehene mutui datio pro alio.[11]

Lusignani, la consumm. proc. etc. (1899), Affolter, krit. Vjschr. 42, 362 ff., Geib, das. 43, 44 ff., Solazzi, bull. 20, 5 ff. Unerörtert lasse ich insbesondere auch die Frage, ob und inwieweit durch Erhebung der actio de peculio der Gewaltunterworfene selbst und seine Bürgen befreit wurden; hinsichtlich der Bürgen bestand anscheinend schon unter den römischen Juristen eine Kontroverse, vgl. fr. 21 i. f. (44. 2) und fr. 84 (46. 3), dazu Bekker, Aktionen II, 351, Erman, SZ 19, 348 ff.

[1] D. (16. 1), C. (4. 29).

[2] h. t. 2, 4, 6, 8, 10, (49. 5) 1, (12. 4) 4; letztere Stelle ist fälschlich Ulp. 39 inskribiert.

[3] h. t. 1, 3, 11. Vgl. Paul. 6 breu. h. t. 12.

[4] h. t. 5, 13.

[5] h. t. 14, cit. h. t. 8 pr. § 2. 12, (6. 1) 39 [§ 1.

[6] S. auch Gai. 4 (4. 4) 12, Iulian. 12 h. t. 14, C. h. t. 16.

[7] Die Stelle ist, wie Bortolucci, actio quae instituit obl. (1915) 12 ff., nachgewiesen hat, stark itp. Den von ihm beigebrachten Verdachtsgründen sei noch hinzugefügt, daß die Worte „uidetur intercessisse: quo casu“ unerträglich steif sind. Itp. ist sehr wahrscheinlich auch C. h. t. 19 (vgl. auch Bortolucci 24): daß das SC Vell. sich auf mutui dationes mit erstreckt, sagt es selbst und kann nicht durch das Edikt „deklariert“ worden sein; daß aber das Edikt darüber hinaus ausdrücklich oder stillschweigend eine Ausdehnung des SC verfügt habe, ist unwahrscheinlich und unbezeugt. Anders EP² 278⁹.

[8] C. h. t. 16: rescissoria actio, vgl. auch eod. 8.

[9] So EP¹ und EP² und Rudorff, EP § 109.

[10] So Keller, CP n. 351, Bekker, Aktionen II, 118.

[11] Sehr ansprechend die Vermutung Bortoluccis a. a. O. 12 f., statt contracturus in fr. 8 § 14 zu lesen: crediturus.

Tit. XIX
DE BONAE FIDEI IUDICIIS

Ulp. 30–32, Paul. 31–34, Gai. 9. 10, Iulian. 13–15.

§ 106. DEPOSITI [UEL CONTRA][1]

Ulp. 30,[2] Paul. 31,[3] Gai. 9,[4] Iulian. 13.[5]

Ulp. 30 fr. 1 § 1 h. t.:

Praetor ait: QUOD NEQUE TUMULTUS NEQUE INCENDII NEQUE RUINAE NEQUE NAUFRAGII CAUSA DEPOSITUM SIT[6] (ERIT *scr.?*), IN SIMPLUM, EARUM AUTEM RERUM, QUAE SUPRA COMPREHENSAE SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM, IN HEREDEM EIUS, QUOD DOLO MALO EIUS FACTUM ESSE DICETUR[7] QUI MORTUUS SIT, IN SIMPLUM, QUOD IPSIUS, IN DUPLUM IUDICIUM DABO.

Gai. IV, 47:

Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, uel*u*ti depositi et commodati: illa enim formula quae ita concepta est

IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM[8] DEPOSU*I*T,[9] QUA DE RE AGIT*UR*,[10] QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS *I*UDEX[11] N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO,[12] SI NON PARET, ABSOLUITO.

[1] D. (16. 3), C. (4. 34). Vgl. S. 252[1].

[2] h. t. 1, 3, 5, 7 — fr. 3 aus Versehen nach fr. 2 (Paul. 31) lib. 31 inskribiert —, (4. 3) 35, (12. 3) 3 cf. h. t. 1 § 26, (13. 1) 9 cf. h. t. 7 § 1, (19. 5) 18, (50. 16) 186.

[3] h. t. 2, 13, (44. 2) 22.

[4] h. t. 14.

[5] h. t. 15, cit. h. t. 1 § 22. 33. 37.

[6] Ulp. 30 h. t. 1 § 2–5.

[7] Ulp. 30 h. t. 1 § 6. 7.

[8] Gai. IV, 40: hominem. Über das Maß der Spezialisierung: Ulp. 30 h. t. 1 § 40. 41.

[9] *C. Veron.*: deposuisset. Über das alte seruandum dare vgl. Rotondi, Scr. II, 57 f.

[10] *C. Veron.*: itagit.

[11] *C. Veron.*: id. iud.

[12] Im *C. Veron.* stehen zwischen condemnato und SNPA die beiden Buchstaben NR, die man nach Huschkes Vorgang (Studien des r. R. 316) meist „nisi restituet" oder „nisi restituat" zu deuten pflegt. Ich selbst habe, obwohl zweifelnd, diese Deutung in der 1. Aufl. angenommen, hauptsächlich deshalb, weil sie durch Ulp. 30 h. t. 1 § 21, Marcell. h. t. 22 i. f. gestützt zu werden schien. Allein bei der ersten Stelle ist es sehr unsicher, ob sie sich auf die formula i. i. conc. bezieht, und in der zweiten ist der entscheidende Schlußsatz itp. Und auch abgesehen hiervon enthalten sie keinen wirklichen Beweis dafür, daß die Worte in der Formel standen. Auf der andern Seite sprechen so gewichtige Gründe gegen die Echtheit des „nisi restituet", daß ich mich nicht mehr entschließen kann, sie in die Formel aufzunehmen: die Worte müßten, wenn echt, vor, nicht hinter dem condemnato stehen und sind gegenüber einer intentio „quidquid d. f. oportet" fast unerträglich. Vgl. auch Pernice, Labeo I, 437 n. 49. Vielleicht ist das NR aus dem gleich folgenden SNPA entstanden, ein Versehen, wie das Ms. gerade in dieser Formel mehrere ähnliche enthält (s. n. 10. 11), vgl. Apograph. Stud. 282. Für Echtheit wieder May, mél. Gir. II, 166. Dagegen Levy, SZ 36, 47, Rotondi, Scr. II, 7. Ubbelohdes Vermutung — NP = numeratam pecuniam — scheint mir nicht zulässig.

in ius concepta est: at illa formula quae ita concepta est

IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE[1] EAMQUE DOLO MALO[2] N. NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE,[3,4] QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLUITO.

in factum concepta est.

Von obigen beiden Formeln erläutert Ulpian zweifellos zunächst die zweite, — ich habe in den Noten seinen Kommentar bis fr. 1 § 19 verfolgt. Fr. 1 § 20–26 h. t. nebst fr. 3 (12. 3) handeln sodann vom officium iudicis, ohne daß sich feststellen läßt, welche Formel hier der Erörterung zugrunde liegt.[5] Weiterhin — in fr. 1 § 27 bis ult. und fr. 3 — bewegt sich der Kommentar augenscheinlich in freien Erörterungen, die sich an keinen bestimmten Text mehr anlehnen:[6] Deposita, die von Sklaven ausgehen, Deposita mit Nebenverträgen, Zweifelsfälle hinsichtlich der Rückgabe u. a. m. werden hier der Reihe nach in Betracht gezogen. —

Außer dem Edikt des fr. 1 § 1 cit. und den beiden bei Gai. IV, 47 überlieferten Formeln enthielt das Album noch folgende Stücke:

1. Die in den erhaltenen Kommentaren nicht speziell besprochene Formel[7] der actio in duplum aus dem notwendigen Depositum, die sich durch entsprechende Veränderung der gewöhnlichen Formel leicht herstellen läßt.[8]

2. Edikt und Formeln zur actio contraria. Auf ein Edikt solchen Inhalts deutet sehr entschieden die Fassung des Eingangs von Ulp. 30 fr. 5 pr. h. t.:

> Ei apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur . . .

Bestand aber ein solches Edikt, so postuliert dies eine formula in factum concepta, die, wie beim iudicium directum, neben der formula in ius concepta proponiert gewesen sein muß.[9] Ihre Fassung liegt im

[1] Vgl. Gai. IV, 60. Hierher: Ulp. 30 h. t. 1 § 8–14.

[2] Ulp. 30 h. t. 1 § 15.

[3] Ulp. 30 h. t. 1 § 16, C. (4. 25) 3.

[4] A. Agerium apud N. Negidium . . . dolo malo Ni Ni Ao Ao: h. t. 1 § 17–19.

[5] An sich verbietet aber nichts, auch diesen Abschnitt auf das eamque d. m. redditam non esse der formula i. f. conc. zu beziehen, (vgl. Taubenschlag, Grünh. Z. 35, 136f.). Fr. 1 § 23 (hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet) scheint sogar direkt auf die formula i. f. conc. zu weisen, da ja die form. in ius conc. keine Möglichkeit des hier zurückgewiesenen Zweifels bot. Aber der angef. Satz ist sicher itp. Vgl. Gradenwitz, Interpol. 107, Biondi, b. f. iud. 243[1].

[6] Solch ein zusätzlicher Traktat findet sich auch im Kommentar zur actio commodati: (13. 6) 5 § 11 ff.

[7] Ulp. 30 h. t. 1 § 2-4 gehört zum Edikt.

[8] Nach § 26 I. (4. 6) ict. § 23 eod. hat es den Anschein, als ob die actio zu den Litiskreszenzklagen gehört habe. Das ist aber mit den Ediktworten in fr. 1 § 1 nicht vereinbar. Vgl. zu dieser Stelle jetzt Rotondi, Scritti II, 417 ff.

[9] A. M. Biondi, b. f. iud. 149, der, wie für Kommodat und pignus, so auch für das Depositum, nur eine form. in factum conc. annimmt, die nicht einmal im Album proponiert gewesen sei. Das ist an sich unwahrscheinlich und wird durch die von B. angef. Stellen, soweit ihr Text echt ist, nicht bewiesen.

Dunkel,[1] während die der in ius concepta sich einfach dadurch ergibt, daß man in der demonstratio der directa die Formularnamen der Parteien vertauscht.

3. Die sequestraria depositi actio: Ulp. 30 h. t. 5 § 1. 2, 7 pr. Daß diese eine besondere Formel hatte,[2] ergibt sich sowohl aus dem besondern Namen — h. t. 12 § 2, (4. 3) 9 § 3 —, wie auch daraus, daß Ulpian die sequestraria hinter der contraria, also völlig getrennt von der gewöhnlichen directa, kommentiert. Über ihre Fassung wissen wir folgendes. Jedenfalls gab sie die Namen der mehrern Deponenten an, arg. h. t. 6, (50. 16) 110. Sie bezeichnete ferner den Zweck des Depositums ausdrücklich, fr. 6 h. t.:

> Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.[3]

Sie enthielt wahrscheinlich die mentio doli mali, wie die gewöhnliche formula depositi: arg. h. t. 7 pr. Endlich gibt Ulp. 30 h. t. 5 § 1 eine Andeutung über den Musterfall; denn, wenn es hier heißt:

> In sequestrem [depositi] actio [competit] . si tamen cum sequestre conuenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est . . .,

so hat dieses si tamen zu dem Vorhergehenden gar keinen Bezug. Sehr wahrscheinlich folgte bei Ulpian auf die Worte

> In sequestrem [depositi] actio [competit]

zunächst die Formel der sequestraria, worin ein bestimmter Ort der Exhibition nicht genannt war; darauf geht dann das si tamen nebst dem folgenden. Der Musterfall aber wäre hiernach der der Sequestration zum Zwecke der Sicherung zukünftiger Exhibition gewesen.[4]

Eine Rekonstruktion wäre nach obigem unschwer herzustellen. Wäre gewiß, was ich aus fr. 7 pr. h. t. als wahrscheinlich gefolgert habe — daß nämlich in der Formel des dolus des Beklagten Erwähnung geschah —, so müßten wir sie in factum konzipieren.[5]

Nicht im Album proponiert dürfte die alte actio ciuilis[6] ex causa depositi gewesen sein, von der coll. X, 7 § 11 meldet:

> Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur,[7] edicto praetoris in simplum.

[1] Sie muß ganz abweichend von der der directa gedacht werden: daß Rudorffs Rekonstruktion (EP § 110) nicht haltbar ist, ist leicht zu sehen.

[2] A. M. aus ganz ungenügenden Gründen: Muther, Sequestration und Arrest (1856) 46f. Ebenso Arangio-Ruiz, arch. giur. 78, 243f., der m. E. durch Partsch, SZ 31, 419[1] bündig widerlegt wird. S. auch Levy, Konk. I, 386.

[3] Vgl. ferner (4. 3) 9 § 3: neque sequestraria Seium conuenire potes nondum impleta condicione depositionis. Fr. 5 § 2 h. t. v. „contra legem depositionis". Fr. 11 § 2 (4. 8): res depositae eo pacto, ut ei daret qui uicerit. C. h. t. 5. 6.

[4] Vgl. (10. 4) 11 § 1 i. f., (2. 8) 7 § 2, Petron. sat. c. 15. Muther, a. a. O. 153. 164f.

[5] In ius konzipieren Rudorff, EP § 110, Karlowa, RG II, 606. In factum: Nikonoff, L. von der Sequestr. (1894) 19f.

[6] Über sie Rotondi, Scr. II, 14ff.

[7] Die eigentümliche Fassung des Edikts

§ 107. *FIDUCIAE* [1]

Ulp. 30,[2] Paul. 31,[3] Gai. 10,[4] Iulian. 13.[5]

Schon Giphanius hat die actio fiduciae neben der actio depositi vermutet, und diese auch durch die Ordnung in des Paulus sententiae (II, 12. 13) bestätigte Vermutung wird durch das in n. 2–5 aufgezeigte Material zur Gewißheit.[6]

Die actio fiduciae war bonae fidei — Gai. IV, 62 — und existierte als directa und contraria;[7] von jener handelt[8] Ulp. 30 (13. 7) 22 pr.–§ 2, 24 § 1–ult., von dieser Ulp. 30 eod. 22 § 3. 4, 24 pr. und Paul. 31 eod. 25 vgl. Paul. sent. II, 13 § 7.

Von der Formel wissen wir zunächst, daß sie zu Ciceros Zeit die eigentümliche Klausel „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" enthielt.[9] Um sie in der Formel unterzubringen, muß man hinzudenken „*s. p. . . . ita negotium actum non esse,*[10] *ut* rel." Man nahm früher gewöhnlich an, daß die Klausel in späterer Zeit abgekommen und in das Hadrianische Edikt nicht übergegangen sei:[11] wie mir scheint, ohne hinreichenden Grund. Sehr wahrscheinlich dürften vielmehr die auf unsere actio bezüglichen Worte

in fr. 1 § 1 h. t. erklärt sich vielleicht aus dem Hinblick auf die Zivilklage, die immer in duplum ging. Vgl. auch Pernice, SZ 9, 229 n. 1.

[1] Vgl. meine Abh. in SZ 3, 104f., 177f., wo die Beziehungen im einzelnen nachgewiesen sind.

[2] (13. 7) 22, 24, (18. 3) 3, (50. 17) 45.

[3] (13. 7) 25, (41. 1) 31, (46. 2) 12. Fr. 25 cit. ist fälschlich Idem (Ulp.) statt Paul. 31 inskribiert: dem Schreiber schwebte irrig Paul. als Verfasser von fr. 24 vor. Landucci, arch. giurid. 28, 412, mißbilligt diese Verbesserung und schlägt statt dessen vor, lib. 31 in lib. 30 zu verbessern: allein dies würde ein zweites Versehen der Kompilatoren oder Abschreiber voraussetzen; denn, wenn fr. 25, wie fr. 24, aus Ulp. 30 stammte, so hätte es nach der Regel gar nicht neu inskribiert werden dürfen.

[4] (50. 17) 46 ict. (13. 7) 22 § 1.

[5] (12. 2) 40, (17. 1) 30 cf. Vat. 334, (18. 2) 10, (19. 1) 23, (41. 1) 36, (41. 2) 36, (43. 26) 18, (44. 7) 16, (46. 2) 15, (46. 3) 32, (35. 2) 84, (21. 2) 7 — die letzten beiden Stellen auf die Freundschaftsfiducia post mortem bezüglich, vgl. Gai. (17. 1) 27 § 1 —; in fr. 14 pr. (17. 1) dürfte statt tertio zu lesen sein: quarto.

[6] An gleicher Stelle finden wir die fiducia auch in den Digesten des Celsus, Marcellus und Scävola, in Papinians Quästionen und bei Paulus ad Plautium. Vgl. Cels. nr. 65, Marcell. nr. 61, Scaeu. nr. 22–24, Papin. nr. 168, Paul. nr. 1110–1112. Rudorff, EP § 100 verkoppelt irrig die a° fiduciae mit der a° pigneraticia und schiebt an Stelle jener einen ganz unbeglaubigten Titel de usuris in das Album ein.

[7] Die Beziehung der Stellen Ulpians auf die fiducia wird geleugnet von Karlowa, RG II, 562, vgl. auch Manigk, bei Pauly-Wissowa s. v. fiducia unter V. Ulpian habe ja wohl gelegentlich der actio fiduciae auch die actio pigneraticia vergleichend heranziehen können. Niemand wird das bestreiten. Die Frage ist aber nicht die, ob eine solche Heranziehung überhaupt denkbar ist, sondern ob eine so detaillierte Erörterung wie die in fr. 22, 24 cit. auf diese Weise erklärt werden kann.

[8] Die contraria leugnet Biondi, iud. b. f. 161ff., auf Grund m. E. viel zu weitgehender Interpolationsannahmen.

[9] Cic. top. c. 17 § 66, de off. III, 15 § 61, 17 § 70, ad famil. VII, 12.

[10] Vgl. Cic. ad Att. VI, 1 § 15.

[11] S. z. B. Keller, CP bei n. 297 v. „in der ältern Zeit", Rudorff, EP § 100 n. 9. Anders Savigny, System V, 490, und die neuern Schriftsteller, diese im Anschluß an meine Ergebnisse.

non potest uideri bona fide negotium agi

bei Iulian. 13 (18. 2) 10 eine Anspielung auf jene Klausel enthalten.

Ein zweites Stück unserer Formel läßt sich aus Ulp. 30 (13. 7) 24 § 1 erkennen:

> Qui reprobos nummos soluit creditori, an habet *fiduciae*[1] actionem quasi soluta pecunia, quaeritur . . .

Hiernach muß nämlich, ganz wie bei der actio pigneraticia directa, so auch hier das „eamque pecuniam solutam esse" zu den Bedingungen der Kondemnation gehört haben,[2] und es ist anzunehmen, daß daneben wohl auch das „eo nomine satisfactum esse[3] aut per N^m N^m stetisse quo minus solueretur" nicht gefehlt hat. Von dem „eamque rem redditam non esse" der actio pigneraticia ist uns hier keine Spur erhalten; zur Not war diese Klausel wegen des „ut inter bonos bene agier oportet" zu entbehren; doch stand sie wahrscheinlich ebenfalls in der Formel.

Nach alledem kommen wir zu einer recht umfangreichen und mit einem eigentümlichen Hinweis auf das ius aequum versehenen formula in factum concepta, etwa:

> *S. p.* A^m A^m N^o N^o *fundum q. d. a. ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse*[4] *eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per* N^m N^m *stetisse quo minus solueretur eumque fundum redditum non esse negotiumue ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione,*[5] *quanti ea res erit, tantam pecuniam* et rel.

Auf die fiducia cum amico contracta[6] war diese Formel mit einer leichten Veränderung ebenfalls anwendbar: hier mußte man natürlich die Worte eamque pecuniam bis solueretur weglassen.

Ob wir neben der obigen Formel für beide Arten der fiducia noch eine zweite Formel anzunehmen haben, die wir uns nur nach dem gewöhnlichen Schema der b. f. iudicia in ius konzipiert denken könnten:

> Quod A^s A^s (N^s N^s) . . . mancipio dedit, quidquid *et rel.,*[7]

[1] *D.* pigneraticiam.

[2] Hierher Iulian. 13 (46. 3) 32.

[3] Hierher Iulian. 13 (12. 2) 40, Paul. 31 (46. 2) 12.

[4] Oder in iure cessisse: Gai. II, 59. Isidor. orig. V, 25 § 23.

[5] Oertmann, die Fiducia (1890) 227 f., Karlowa, RG II, 572, Pernice, Labeo III[1], 124, Manigk a. a. O. verweisen die Klausel „ut inter bonos *etc.*" in eine formula in ius concepta, wo sie schwer unterzubringen ist, zumal wenn man in diese auch die Worte ex fide bona setzt, die sich in ihrer Tragweite mit jener Klausel decken. Karlowas Argument, bei meiner Annahme hätte es wegen des „actum non esse" nachher heißen müssen: oportuit (nicht oportet), ist jedenfalls so unzutreffend wie möglich. Das „ut oportet" bezeichnet einen für alle Zeit feststehenden abstrakten Maßstab. Jacquelin, de la fiducie (1891), 151 setzt die Klausel in beide Formeln, die in ius wie die in factum konzipierte. Arge Formelungeheuer bei Betti, l'antitesi (1915) SA 52 (aus der riv. Ital.). Über den besonderen Standpunkt Arangio-Ruiz', (form. con dem. 25[2]) und Rotondis (Scr. II, 3 ff.) s. S. 293.

[6] Gai. II, 60, Boeth. ad. Cic. top. c. 10 § 42. Beispiel einer solchen bei Iulian. 13 (17. 1) 30.

[7] Unhaltbare Fassung bei Rudorff, EP § 100. Dagegen Lenel, a. a. O. 112. Wie

ist bestritten. Die bejahende Meinung beruft sich außer auf Gai. IV, 62, wo wir die actio fiduciae in dem Katalog der b. f. iudicia aufgeführt finden, noch auf Cic. de off. III, 17 § 70: fidei bonae nomen manare latissime idque uersari in . . . fiduciis.[1] Allein von einer solchen Formel ist uns sonst nirgends die geringste Spur überliefert, Cicero selbst erwähnt, wo er sonst auf die actio fiduciae Bezug nimmt (s. S. 292[6]) und gerade auch unmittelbar vor der angef. Stelle aus den Offizien, immer nur die Klausel ut inter bonos b. a. o., und so vertreten Rotondi[2] und Arangio-Ruiz[3] in sehr beachtenswerter Weise die Ansicht, daß es eine andere Formel der actio fiduciae als die oben von mir rekonstruierte niemals gegeben habe, daß aber die Juristen die Verweisung auf die Handlungsweise von uiri boni als gleichbedeutend mit der auf die Forderungen der bona fides angesehen hätten, und daß sich so die Aufnahme der actio in den Katalog der b. f. iudicia und die zitierte Äußerung Ciceros oder vielmehr des von ihm angeführten Q. Mucius erkläre. Beide Schriftsteller irren aber m. E. darin, daß sie in der mit jener Klausel versehenen Formel eine formula in ius concepta erblicken. Wenn oben der Zusammenhang, in den die Klausel sich einfügte, richtig bezeichnet ist, so haben wir m. E. unzweifelhaft eine formula i. f. conc. vor uns.[4]

Noch ist schließlich eines eigentümlichen Anhängsels Erwähnung zu tun, das die actio directa aus der fiducia cum seruo contracta erhielt. Cicero — de off. III, 17 § 70 — führt direkt neben dem „ut inter bonos bene agier oportet" unserer Formel die Klausel an „uti ne propter te fidemue tuam captus fraudatusue sim", freilich ohne uns über ihren Zusammenhang nähere Auskunft zu geben, ja ohne auch nur ausdrücklich zu sagen, daß sie in Beziehung zur fiducia stehe. Diese Beziehung ist gleichwohl, wie sich ergeben wird, sicher, und das ist auch die herrschende Meinung. Aber unrichtig ist es, wenn diese[5] darin eine Art formeller doli clausula bei der mancipatio fiduciae causa erblickt. Aller Wahrscheinlichkeit nach gehörten die Worte vielmehr in eine Spruchformel des alten Prozesses;[6] denn aus den Digesten wissen wir mit Bestimmtheit, daß sie in

Manigk a. a. O. aus Gai. IV, 33, wo die actio fiduciae in einer Reihe mit der actio commodati und negotiorum gestorum aufgeführt wird, schließen kann, daß die actio fiduciae eine auf dare oportere gerichtete intentio certa besessen habe, ist mir nicht verständlich.

[1] So noch EP[2].

[2] Scritti II, 3 f.

[3] Form. con dem. 25[2].

[4] Ipso-iure-Konsumtion — Gai. IV, 107 —, ist m. E. nur bei einer auf quidquid . . . oportet, nicht aber bei einer auf s. p. actum non esse abgestellten Formel denkbar.

[5] Rudorff, ZfgeschRW 13, 183, Huschke, ebendaselbst 14, 246, Dernburg, Pfandrecht I, 8 u. a. m. Vgl. auch Degenkolb, ZRG 9, 175 f.

[6] Übereinstimmend Pernice, Labeo III[1], 122 n. 2. Dagegen Karlowa, RG II, 565, mit der herrschenden Ansicht. Karlowa meint, die Fassung der Klausel weise auf eine Kautel für die Zukunft hin, was in eine legis actio nicht passe (ebenso schon Rudorff, ZRG 11, 61. 86). Warum sollte aber der Kläger in der legis actio nicht haben sagen können: „ich verlange von dir — jetzt — das Verhalten, das erforderlich ist, uti ne . . . captus sim"? Nicht einfach ist die Frage, wie wir uns das geschichtliche Verhältnis der spätern Formel zu jener Spruchformel zu denken haben. Vgl. die

entsprechend veränderter Form ein ständiges Stück der Formel bildeten, wenn aus der mit einem Gewaltunterworfenen abgeschlossenen fiducia wider dessen Gewalthaber geklagt wurde: hier wurden der Formel die Worte angehängt „et si quid dolo malo N^i N^i captus fraudatusque actor est". Vgl. Ulp. (15. 1) 36:

> . . . quod in seruo, cui res *fiduciae* data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit[1]. namque si seruo res *fiduciae* data sit, non solum de peculio et in rem uerso competit actio, uerum hanc quoque habet adiectionem „et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est".

In den Digesten steht, wo ich hier *fiduciae* lese, statt dessen: pignori. Die Interpolation erhellt aber zur Evidenz aus der Vergleichung mit fr. 3 § 5 (13. 6):

> Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater uel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini uel patris fraus dumtaxat uenit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit.

In lib. 11 dig. handelt Julian ex professo von der actio pigneraticia (s. § 99): in fr. 3 § 5 cit. ist also die actio pigneraticia nicht interpoliert, und wir ersehen daraus, daß die Formel der letztern jenen Zusatz nicht gehabt haben kann, daß vielmehr die Berücksichtigung des dolus domini in sie, wie in die übrigen bonae fidei iudicia,[2] erst im Wege der Interpretation von den Juristen hineingetragen wurde.[3]

Fragt man nun, wie gerade die actio fiduciae zu jenem Zusatz kam, so liegt die Antwort sehr nahe. Wer einem Sklaven eine Sache lieh, verpfändete, sie bei ihm deponierte usw., der war gegen dolus des Herrn, auch

Untersuchungen von Oertmann, a. a. O. § 29. 30, Geib, SZ 8, 112ff., Jacquelin, a. a. O. 158f., Pernice a. a. O., Manigk a. a. O., Taubenschlag, Grünh. Z. 35, 160f., Lenel, SZ 30, 346f. Unannehmbar scheint mir die Meinung Arangio-Ruiz' a. a. O., Cicero habe die Worte der Schriftformel im Auge gehabt und sie nur aus rhetorischen Gründen in die Form der direkten Anrede umgesetzt. Eingehende Stellungnahme ist an diesem Ort nicht möglich.

[1] Den Itpsverdacht Beselers III, 46 teile ich nicht.

[2] Vgl. außer fr. 3 § 5 cit. und fr. 36 cit. noch: fr. 1 § 42 (16. 3), fr. 5 pr. (15. 1). Alle diese Stellen sind, wie Beseler III, 45f. richtig gesehen hat, gegenüber dem Urtext verändert; daraus folgt aber noch nicht, daß, wie er annimmt, auch ihr Inhalt kompilatorische Mache ist. Die Interpolationen dürften durch die Notwendigkeit hervorgerufen worden sein, den ursprünglich gewiß überall vorhandenen Hinweis auf die Formel der actio fiduciae zu streichen.

[3] Außer bei der actio fiduciae darf nirgends an einen ausdrücklichen Zusatz gedacht werden, auch nicht an einen solchen, der etwa auf Antrag vom Prätor beigefügt wurde. Man beachte nur in fr. 36 de pec. den Gegensatz zwischen dem „quod in seruo, cui res fiduciae data est, expressum est" und dem „hoc et in ceteris b. f. iudiciis accipiendum esse", wobei doch nur an ein tacite accipiendum esse gedacht werden kann. Hierauf führt auch schon, was Ulpian in fr. 36 cit. kurz vorher selbst sagt: ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. Irrig sind daher die Rekonstruktionen bei Keller, Jahrbb. d. gem. Rts. III, 194 (Ziff. 4^a), und Rudorff, EP § 105 S. 114.

wo die actio de peculio nicht zustand oder nicht ausreichte und überhaupt schon ehe es eine actio de peculio gab, genügend geschützt durch rei uindicatio, actio ad exhibendum, actio furti usw. Wer dagegen einem Sklaven eine Sache fiduciae causa manzipiert und so dessen Herrn zu ihrem Eigentümer gemacht hatte, der hätte, ohne außerordentliche Hilfe, gegen dolus des dominus Schutz erst in der Zeit erhalten können, wo die adjektizischen Aktionen nicht bloß existierten, sondern bereits zum Gegenstand einer sehr freien Interpretation gemacht wurden.[1] Nun kann es einerseits kaum einem Zweifel unterliegen, daß die so altertümlich gefaßte actio fiduciae älter ist als die sämtlichen actiones adiecticiae, und andererseits ist es nicht glaublich, daß der so wichtige Fall der fiducia cum seruo contracta nicht schon von Anfang an Berücksichtigung gefunden haben sollte: der Umstand, daß der Herr das Eigentum der fiducia erhielt, machte eine solche Berücksichtigung, nachdem einmal die fiducia überhaupt klagbar geworden war, zur praktischen Notwendigkeit. Nichts ist daher natürlicher, als daß hier schon in sehr alter Zeit eine auf den Geschäftsabschluß mit dem Sklaven und auf den Treubruch des dominus gestützte Formel entstand,[2] deren auszeichnender Zusatz vom Prätor später dann auch in die solchenfalls zuständige adjektizische Formel eingerückt wurde.[3]

§ 108. MANDATI [UEL CONTRA][4]

Ulp. 31,[5] Paul. 32,[6] Gai. 10,[7] Iulian. 14.[8]

Formula:

Quod A^s A^s N^o N^o (contraria: *N^s N^s A^o A^o*) *mandauit, ut ..., q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o* (*alterum alteri*) *dare facere*[9]

[1] Nur in einer ganz speziellen Beziehung nahm die Formel der actio de peculio (von jeher?) auf den dolus des dominus Rücksicht. Vgl. S. 276. 282.

[2] Nach dem Schema: S. p. A^m A^m Sticho seruo . . . mancipio dedisse . . . siue quid ob eam rem dolo malo N^i N^i A^s A^s captus fraudatusque est. Die genaue Fassung bleibt natürlich dahingestellt.

[3] Man scheint hier — nach fr. 36 i. f. de pecul. — den Zusatz an die condemnatio angeschlossen zu haben, als eine Erweiterung der Klauseln de peculio und de in rem uerso. So auch Stephan. in Bas. XVIII, 5, 36 (sch. 140 suppl. Basil. ed. Zach. 223).

[4] D. (17. 1), C. (4. 35), I. (3. 26). Zu uel contra vgl. S. 252[1].

[5] h. t. 6, 8, 10, 12, 14, 16, (12. 1) 15, (19. 5) 19, (50. 14) 2, (50. 17) 47. Fr. 47 cit. ist falsch Ulp. 30 inskribiert, s. S. 297 n. 4.

[6] h. t. 1, 3, 5, 9, 22, 26, (3. 5) 41 (42), (44. 4) 9 cf. h. t. 8 § 1, (12. 6) 28 cf. h. t. 29 § 4 f.

[7] h. t. 13, 27. Die letztere Stelle ist Gai. 9 inskribiert. Die Vergleichung mit fr. 13 h. t. läßt um so eher ein Versehen vermuten, als es nach Gai. 10 (50. 17) 46 wahrscheinlich ist, daß Gaius schon die fiducia in lib. 10 erörtert hat.

[8] h. t. 31, (46. 1) 13. Das Zitat in fr. 6 § 6, wahrscheinlich auch das in fr. 14 pr. h. t. (s. indes auch Lenel, SZ 3, 117 f.) ist hiernach zu berichtigen. Auch fr. 2 (37. 15) gehört vielleicht hierher.

[9] Paul. fr. 45 § 5 h. t. In der 1. Aufl. fügte ich, wenngleich zweifelnd, mit Rücksicht auf Gai. III, 155 und andere Stellen „*praestare*“ hinzu. Aber fr. 45 § 5 cit. beweist, daß die intentio nur auf dare facere oportere abgestellt war. Vgl. Segrè, sulle formole etc. (studi Moriani SA) 1905, 10 n. 2.

oportet ex fide bona,[1] *eius iudex Nm Nm Ao Ao (alterum alteri) c.*[2] *s. n. p. a.*

Die obige Formel darf wohl in allem Wesentlichen als sicher bezeugt gelten. Ulpian scheint zunächst die actio directa erörtert zu haben, und zwar das „quis teneatur" (demonstratio) in fr. 6, 8 pr.–§ 5, das „quid ueniat" (intentio) in fr. 8 § 6–ult., fr. 10 pr.–§ 10 h. t.; doch sind die Abschnitte nicht ganz sicher festzustellen. Bei fr. 10 § 11 beginnt die Behandlung der contraria.

Nicht beitreten kann ich Biondi,[3] der dem klassischen Recht nur eine einzige Mandatsformel zuschreibt, mit der intentio „quidquid alterum alteri d. f. o. e. f. b.", die man unverändert verwendet habe, auch wenn nur von der einen Seite Ansprüche erhoben wurden. Diese Annahme widerlegt sich m. E. durch die Erwägung, daß dann die actio mandati (und ebenso nach B. die actio negotiorum gestorum) ein iudicium duplex gewesen wäre, die Duplizität also nicht als ein besonderes Charakteristikum der iudicia diuisoria hätte hervorgehoben werden können. Die Schlüsse aber, die B. aus der Reihenfolge der Erörterungen in den Kommentaren des Paulus und Ulpian ziehen zu können glaubt, sind, was ich hier im einzelnen nicht nachweisen kann, trügerisch.[4]

Rudorff konstruiert neben der direkten Klagformel noch eine besondere fiktizische zum Gebrauch der filii familias. In der Tat ist für diesen Zweck eine utilis actio in den Quellen erwähnt — (5. 1) 18 § 1, (28. 5) 47 (46) i. f.[5] —, wie auch eine contraria in factum actio — h. t. 12 § 6. Im Album war aber weder diese noch jene proponiert, wie aus der Darstellungsweise in den Stellen selbst, ihre Echtheit vorausgesetzt, hervorgeht,[6] und über ihre Fassung sind wir nicht unterrichtet.

Wahrscheinlich ist mir dagegen allerdings eine speziell auf den Rückgriff der Bürgen berechnete formula in factum concepta der actio contraria.[7] Es ist nämlich überaus auffallend, daß Ulpian nach Erledigung der directa actio zunächst speziell vom Rückgriff der fideiussores und mandatores handelt (fr. 10 § 11–ult., 12 pr.–§ 6 h. t.) und dann in fr. 12 § 7

[1] Cic. de off. III, 17 § 70, top. 17 § 66. Gai. III, 155. IV, 62. Ulp. 31 h. t. 10 pr. ict. 8 § 9, Paul. 32 h. t. 22 § 4. S. ferner h. t. 29 § 4, 59 § 1, (28. 5) 47 (46), C. h. t. 11, 12, 14, 20 § 1.

[2] Rudorff, EP § 112, schiebt ein: nisi restituat, an sich nicht wahrscheinlich und durch Cic. pro Roscio Amer. c. 39 § 114 nicht bewiesen.

[3] Iud. b. f. 61 f.

[4] In Gai. 3 h. t. 41 dürfte der erste Satz „Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari" schwerlich genau so von dem Juristen geschrieben sein. Was Gaius hier hervorheben wollte, war, daß es Fälle gebe, wo nur der eine Teil ex mandato klagen könne, der andere aber auf die a° n. g. angewiesen sei. Die Stelle stand bei ihm unter der Rubrik de negotiis gestis.

[5] In der ersten Stelle ist sie itp. (Eisele, SZ 11, 16, Beseler, II, 4), während ich sie in der zweiten, trotz Costa, Papiniano 4, 34[15] und Bortolucci, a° utilis 50[1], für echt halte.

[6] Fr. 18 § 1 cit. „ego semper probaui", vgl. auch fr. 47 (46) cit. i. f.

[7] Vgl. hierzu Partsch, griech. Bürgschrt. 274[1]. Nicht widerlegt durch Beseler, SZ 45, 256. Auch für die actio directa nimmt eine form. i. f. conc. an Girard, manuel (6. éd.) 593[1].

h. t. so, als ob bisher gar nicht vom contrarium iudicium die Rede gewesen wäre, fortfährt:

> Contrario iudicio experiuntur qui mandatum susceperunt, ut puta qui rerum vel rei unius procurationem susceperunt.[1]

Und nicht minder ist es auffallend, daß zweimal — in fr. 26 § 2 und fr. 47 pr. h. t. — gerade im Hinblick auf den Rückgriff der Bürgen der Begriff „pecuniam abesse" als der für die Zuständigkeit der contraria actio maßgebende behandelt wird.[2]

§ 109. PRO SOCIO[3]

Ulp. 31,[4] Paul. 32,[5] Gai. 10,[6] Iulian. 14.[7]

Das Album dürfte enthalten haben:

1. Die Formel der actio pro socio, die etwa so gelautet haben mag:

Quod A^s A^s *cum* N^o N^o *societatem omnium bonorum*[8] *coiit,*[9] *q. d. r. a., quidquid ob eam rem* N^m N^m A^o A^o (*alterum alteri*)[10] *dare facere* (*praestare?*)[11] *oportet ex fide bona,*[12] *dumtaxat quod* N^s N^s *facere potest, eius iudex* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.*

Ulpians Kommentar zerfällt auch hier wieder in die gewöhnlichen Stücke: quis teneatur (demonstratio) fr. 5, 52 pr., quid ueniat (intentio) fr. 52 § 1–ult.,

[1] Biondi, iud. b. f. 68f., erklärt diese Stelle m. E. mit Unrecht für itp.

[2] Fr. 26 § 2 h. t.: abesse intellegitur pecunia etc. Fr. 47 pr. h. t.: agere eum posse, quia intellegitur abesse ei pecunia etc.

[3] D. (17. 2), C. (4. 37), I. (3. 25).

[4] h. t. 5, 20, 24, 26, 33, 44, 49, 52, 58, 61, 63, (27. 3) 6 cf. h. t. 58 § 2, (50. 17) 47 § 1 cf. h. t. 20. Die letzte Stelle ist falsch Ulp. 30 inskribiert.

[5] h. t. 1, 3, 13, 65, 67, 70, (12. 1) 16, (16. 2) 9, 11, (19. 2) 7. Fr. 70 h. t. ist falsch Paul. 33, fr. 11 de compens. falsch Idem (Ulp.) 32 inskribiert. Zweifelhaft ist mir die Inskription von fr. 7 (19. 2) (analoge Heranziehung des Rechts der Miete? Ulp. 32?).

[6] h. t. 2, 22, 34, 66, 68.

[7] cit. h. t. 58 § 2, 63 § 1.

[8] Dies war der Musterfall: h. t. 63 pr. v.: etiamsi non uniuersorum bonorum socii sunt, sed unius rei. Darum steht auch die societas omnium bonorum in den Kommentaren voran — Paul. 32 h. t. 1 § 1, 3 pr., Ulp. 31 h. t. 5 pr., s. auch Gai. III, 148. Vgl. hierher Trumpler, z. Gesch. d. röm. Gesellschaftsformen (1906) 1 ff.

[9] Coire, nicht contrahere (Rudorff, EP § 113) ist der regelmäßige Ausdruck: s. z. B. fr. 1 pr., fr. 3 § 1–3, fr. 4 pr., fr. 5 § 1, fr. 6, 7 h. t.

[10] Die in der 1. Aufl. hier eingeschobenen Worte pro socio sind als Bestandteil der Formel nicht bezeugt und ganz überflüssig. Wahrscheinlich sind sie lediglich die Rubrik, unter der die Formel „für den Sozius" proponiert war. So mit Wahrscheinlichkeit Karlowa, RG II, 660f. Anders Pernice, SZ 9, 236[1].

[11] Statt d. f. p. hat Rudorff, unter Zustimmung von Bekker (Aktionen I, 143), — auf Grund von Cic. pro Roscio com. c. 4 § 12 — dare facere repromittere. Allein die bei Cicero l. c. angeführte Formel ist nicht die Formel des arbitrium pro socio, das vielmehr zu den arbitria in quibus additur ex fide bona gehörte — Cic. de off. III, 17 § 70 —; über ihre wirkliche Bedeutung vgl. Baron, SZ 1, 120f. (anders freilich wieder Huvelin, furt. 467). Die römische Jurisprudenz bringt alle möglichen Leistungen unter die drei Begriffe dare facere praestare, fr. 3 pr. (44. 7). Für unsere Formel vgl. etwa: h. t. 71 pr., 52 § 2, 58 § 2, 62. Eher gegen als für repromittere spricht fr. 38 pr. h. t. (officium iudicis!).

[12] Gai. IV, 62, h. t. 35, 38, 45, 52 § 1, 78, 79.

61 h. t. Darauf folgt die Erläuterung zu „quod facere potest" in fr. 63 pr.–§ 7 h. t.[1] Von den einzeln verzettelten Fragmenten gehören fr. 20, 33, 44 wohl zur demonstratio, fr. 24, 26, 49 zur intentio.

2. Die Formel der actio in heredem socii,[2] fr. 35 h. t.:

in heredem . . . socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.

Kommentiert ist dieselbe bei Ulp. 31 h. t. 63 § 8. 9. Der Beklagte wird hier als Erbe des socius bezeichnet gewesen sein.

3. Das Edikt über das gegenseitige beneficium competentiae der socii, wovon Pompon. (42. 1) 22 § 1 berichtet:

> Quod autem de sociis dictum[3] est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit.

Nach fr. 63 pr. h. t. hat es den Anschein, als ob das Edikt auch den Fall „quod dolo malo fecerint, quo minus possent" vorgesehen hätte. Fr. 63 § 7 (hoc quoque facere quis posse uidetur, quod dolo fecit *rel.*) spricht aber gegen diese Annahme. Wiewohl der Prätor die Beschränkung nur causa cognita in die Formel einzufügen verspricht, werden wir uns die Klausel doch als Bestandteil der proponierten Musterformel denken dürfen;[4] im Kommentar Ulpians ist sie, wie oben gezeigt, unmittelbar hinter demonstratio und intentio erläutert. Diese Annahme wirft auch Licht auf eine neuerdings mehrfach erörterte Streitfrage. Pernice[5] und Ferrini[6] nehmen an, das Edikt habe sich nur auf die socii uniuersorum bonorum bezogen. Das ist m. E. unvereinbar mit dem nur formell, aber nicht sachlich verdächtigen fr. 63 pr. h. t.:[7]

> Uerum est quod Sabino uidetur, etiamsi non uniuersorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt . . . condemnari oportere.

Hätten jene Schriftsteller recht, so würde die Fassung des Edikts für alle andern Fälle der Sozietät ein so starkes Argument e contrario ergeben haben, daß Sabinus und Ulpian sich nicht so ohne jedes Bedenken über den Wortlaut hinwegsetzen konnten. Wenn dagegen, wie wir annehmen, die Formel auf den Fall der societas omnium bonorum abgestellt war, und der Prätor in seinem Edikt erklärte, er werde causa cognita in die für den socius bestimmte Formel die Worte „quod facere potest" einrücken, so konnte allerdings der Zweifel auftauchen, ob dies Edikt sich nur auf den Fall der

[1] S. auch Paul. 32 h. t. 67 i. f., Gai. 10 h. t. 68 § 1.

[2] Vielleicht auch für den Erben: fr. 63 § 9 h. t.

[3] edictum (Rudorff)? Kaum richtig.

[4] Anders ohne zureichenden Grund éd. perp. II, 13.

[5] Sitzungsberichte der Preuß. Akademie 1886, S. 1195 n. 4.

[6] Arch. giurid. 38, 18.

[7] Ebenso wäre es unvereinbar mit fr. 16 (42. 1): „socium autem omnium bonorum accipiendum est", wenn nicht die unlateinische Form den Gedanken nahelegte, daß wir hier ein bloßes Glossem vor uns haben. Zu halten wäre der Satz nur, wenn man „socium" als kommentiertes Ediktwort in unlateinische Anführungszeichen setzte, — so Karlowa, RG II, 652. Allein Ulpian kommentiert l. c. nicht unser Edikt.

Musterformel beziehe oder allgemeine Bedeutung habe, ein Zweifel, den Ulpian im Anschluß an Sabinus erledigt.

§ 110 (111). EMPTI UENDITI[1]

Ulp. 32,[2] Paul. 33,[3] Gai. 10,[4] Iulian. 15.[5]

Formulae.

Ex empto:

QUOD A^s^ A^s^ DE N^o^ N^o^ HOMINEM Q. D. A. EMIT,[6] Q. D. R. A., QUIDQUID OB EAM REM N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ DARE FACERE OPORTET[7] EX FIDE BONA,[8] EIUS[9] IUDEX N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ C. S. N. P. A.

Ex uendito:

QUOD A^s^ A^s^ N^o^ N^o^ HOMINEM Q. D. A. UENDIDIT,[10] Q. D. R. A., QUIDQUID OB EAM REM N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ DARE FACERE OPORTET[11] EX FIDE BONA,[12] EIUS IUDEX N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ C. S. N. P. A.

Ulpian bespricht die actio empti in fr. 11, 13 pr.–§ 18 h. t. (Nachträge: fr. 13 § 31, 15, 17 h. t.), die actio uenditi in fr. 13 § 19–30 h. t. Erörterungen de contrahenda emptione fehlen in den erhaltenen Fragmenten Ulpians; sie finden sich bei Paul. 33 (18. 1) 1, 17, 34 und bei Gai. 10 eod. 35.

§ 111 (112). LOCATI CONDUCTI[13]

Ulp. 32,[14] Paul. 34,[15] Gai. 10,[16] Pomp. 63,[17] Iulian. 15.[18]

Formulae.

Ex locato:

Quod A^s^ A^s^ N^o^ N^o^ fundum (opus faciendum, operas) q. d. a. locauit,

[1] D. (19. 1), C. (4. 49), I. (3. 23).

[2] h. t. 11, 13, 15, 17, (17. 2) 69, (18. 1) 30, (18. 2) 16, (18. 3) 4, (18. 4) 4, 11, (18. 7) 1, (19. 5) 20, (21. 2) 4, 37, (50. 16) 187 — stipulationes emptae et uend. hered.

[3] h. t. 21, (18. 1) 1, 17, 34, (18. 2) 8, (18. 4) 5, 9, 14, 16, (18. 5) 3, (18. 6) 8, (21. 2) 5, (50. 16) 188, endlich (19. 4) 1 — mit fr. 1 § 1 (18. 1) zu verbinden — und (35. 2) 71, beide fälschlich Paul. 32 inskribiert.

[4] (18. 1) 35, (18. 4) 12, 15, (18. 6) 9, (21. 2) 6, (47. 2) 49.

[5] h. t. 24, (18. 1) 39, (18. 2) 17, (18. 4) 18, (18. 5) 5, (21. 2) 8, (33. 6) 5 cf. (18. 1) 39 § 1; cit. (18. 2) 4 § 1, 2, 11 pr., (19. 1) 11 § 13. 18, 13 pr., (21. 2) 32 § 1; (1. 3) 12?

[6] Gai. IV, 59. Utilis — quod . . . in solutum accepit —: (13. 7) 24 pr. (itp.), C. (8. 44) 4. Mit folgender Fiktion „si emisset"?

[7] Gai. IV, 131^a^.

[8] Cic. de off. III, 16 § 66; Val. Max. VIII, 2, 1; Gai. IV, 62; fr. 11 § 1. 18 h. t., fr. 3 (18. 5).

[9] Taxatio? C. h. t. 4. S. darüber oben S. 154 n. 3.

[10] Gai. IV, 40.

[11] Vgl. (46. 2) 27.

[12] Vgl. n. 8; dazu noch: h. t. 49 § 1 ict. (19. 2) 54 pr.

[13] D. (19. 2), C. (4. 65), I. (3. 24).

[14] h. t. 9, 11, 13, 15, 17, 19, (10. 3) 23, (12. 7) 2. Zu Ulp. 32 gehört vielleicht auch das wahrscheinlich falsch — Paul. 32 — inskribierte fr. 7 h. t.

[15] h. t. 1, 20, 22, 24, (14. 2) 2, (50. 16) 189.

[16] h. t. 6, 25, 34, (19. 5) 22.

[17] cit. h. t. 11 pr.

[18] h. t. 16, 18, cit. h. t. 9 § 2, 15 § 9.

q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare FACERE OPORTET[1] EX FIDE BONA,[2] *eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Ex conducto:

Quod A^s A^s de N^o N^o fundum (opus faciendum, operas) q. d. a. conduxit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare FACERE OPORTET EX FIDE BONA,[3] *eius iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

Aus dem Kommentar Ulpians werden der actio locati zuzuweisen sein: fr. 9, 11, 13 h. t. (die übergreifenden Erörterungen in fr. 9 pr. § 1 sind wohl nur gelegentlich angeknüpft); der actio conducti: fr. 15, 17, 19 pr.–§ 8 h. t.; fr. 19 § 9. 10 sind ein Anhang. Erörterungen de contrahenda locatione fehlen, wofern nicht fr. 23 (10. 3) und fr. 9 pr. § 1 h. t. hierher zu rechnen sind; sie finden sich bei Paul. 34 h. t. 1, 20, 22, bei Gai. 10 h. t. 25 pr.

Die in fr. 31 h. t. — Alfen. 5 dig. a Paulo epitomat. — erwähnte actio oneris auersi, die Rudorff (EP § 118), allerdings mit einem Fragezeichen, unter die Rubrik locati conducti setzt, war eine actio ex delicto[4] und stand schwerlich jemals an dieser Stelle; aller Wahrscheinlichkeit nach aber ist sie, die schon dem Alfenus Varus überflüssig erschien (ideo se improbare actiones oneris auersi), in das edictum perpetuum überhaupt nicht übergegangen.

§ 112 (110). [*DE AESTIMATO?*][5]

Ulp. 32?,[6] Paul. 34?[7]

Ulp. 32 fr. 1 pr. h. t.:

> Actio de aestimato proponitur[8] tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata uendenda datur, utrum ex uendito sit actio propter aestimationem, an ex locato . . . an ex conducto . . . an mandati. melius itaque uisum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis uerbis actionem: est enim negotium ciuile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudiciis diximus.

Auf Grund dieses Berichts nahm ich in den früheren Auflagen an, daß im Album eine besondere actio de aestimato proponiert gewesen sei, der

[1] Paul. 34 (50. 16) 189: „facere oportere" et hanc significationem habet . . .

[2] Cic. de off. III, 17 § 70; Gai. IV, 62; h. t. 54 pr., C. h. t. 17.

[3] Cf. n. 2.

[4] S. Glück, Erläut. der Pand. XVII, 426 f. und die daselbst angef.

[5] In der 1. Aufl. steht dieser Paragraph vor den Rubriken Empti uenditi und Locati conducti; ich hielt damals irrig die Inskription Paul. 32 vor fr. 1 (19. 4) für richtig, glaubte daher, dies Fragment zu unserer Rubrik ziehen zu müssen, und bestimmte danach ihren Ort. Jene Inskription ist aber zweifellos falsch, da fr. 1 cit. augenscheinlich die unmittelbare Fortsetzung von Paul. 33 (18. 1) 1 § 1 enthält; fr. 1 cit. gehört unter die Rubrik Empti uenditi.

[6] h. t. 1.

[7] h. t. 2, fälschlich Paul. 30 inskrib.

[8] Vgl. I. (4. 6) 28: praescriptis uerbis, quae de aestimato proponitur.

ich auf Grund von I. (4. 6) § 28 und der nicht wenigen Stellen, wo von der „incerti ciuilis actio" die Rede ist, eine intentio in ius concepta mit bonae-fidei-Klausel zuschrieb. Der Prätor habe hier, meinte ich, ein Beispiel gegeben für die formale Behandlung von Kontrakten, die sich unter die üblichen Vertragskategorien nicht unterbringen ließen; die Juristen aber hätten diese proponierte Formel als eine Art Paradigma betrachtet, woran anknüpfend sie die Theorie der generellen actio praescriptis uerbis oder, wie sie sie gewöhnlich nannten, ciuilis incerti actio entwickelt hätten. Andere Anwendungsfälle dieser actio seien im Edikt nicht berücksichtigt gewesen, insbesondere nicht der des Tauschs, weil dem das „in *factum* dandam actionem *respondetur*" in (19. 4) 1 § 1 entgegenstehe, auch sonst der bekannte Schulenstreit, ob der Tausch unter den Begriff emptio uenditio falle — Gai. III, 141 und Paul. 33 (18. 1) 1 § 1 —, gar nicht möglich gewesen wäre. Am allerwenigsten dürfe man an ein im Edikt proponiertes Formular für die generelle actio praescr. uerbis denken; eine schematisch theoretische Formel[1]

Quod As As No No illud dedit, ut Ns Ns illud daret faceret

sei schon an sich unglaublich und werde durch den gänzlichen Mangel an Quellenzeugnissen widerlegt. An der Klassizität der Bezeichnungen „incerti ciuilis actio" und „praescriptis uerbis actio" hielt ich jedoch bei alledem noch in EP[2] fest.

Seither hat sich über die obigen Fragen eine ganze Literatur gebildet, und mein eigener Standpunkt ist heute weit radikaler negativ als früher. Vor allem bietet fr. 1 pr. (19. 3) keine irgendwie zuverlässige Grundlage für die Annahme einer proponierten Formel de aestimato. Die Stelle ist, wie Beseler IV, 135 gezeigt hat, derart von Interpolationen durchsetzt, daß von als klassisch anzusehendem Inhalt nichts mehr übrigbleibt. Nicht mehr Verlaß ist auf den Justinianischen Katalog der b. f. actiones in I. (4. 6) § 28. Vergleicht man insbesondere die seltsame Wendung, mit der darin die actio de aestimato bezeichnet wird „praescriptis uerbis quae de aestimato proponitur" mit dem Eingang von (19. 3) 1 pr. „actio de aestimato proponitur", so erweckt diese zweimalige gleichlautende Hervorhebung des Proponiertseins,[2] die bei keiner andern b. f. actio stattfindet, den Eindruck einer verdächtigen Absichtlichkeit: es sollte wohl dadurch einer nichtklassischen Schöpfung der Schein der Klassizität verliehen werden. Verdächtig sind ferner alle Erwähnungen der actio praescriptis uerbis.[3] Aufs äußerste befremden müßte weiter bei Klassikern die Verwendung des generellen Ausdrucks „incerti ciuilis actio" zur Bezeichnung einer bestimmten einzelnen

[1] Wie sie Rudorff, EP § 116, aufgestellt hatte.

[2] Man erwartet übrigens beidemal statt „proponitur": proposita est. Auch fr. 1 (5. 6), wo sich ebenfalls das Präsens proponitur findet, ist nicht klassisch. Wenn daher Buckland, mél. Cornil I, 144, gerade auf dies zweimalige „proponitur" besonderes Gewicht legt, so kann ich ihm nicht folgen.

[3] So schon Gradenwitz, Interpol. 123 ff. Ich verweise insbesondere auf Perozzi, ist. II, 278 f. und Beseler II, 156 ff., IV, 135 f.

actio, und der schon von Pokrowsky[1] beanstandete Terminus „in factum ciuilis actio" zeigt deutlich das Bestreben, zwei für den Klassiker unvereinbare Dinge — actio in factum und actio ciuilis — unter einen Hut zu bringen.[2] Mit alledem soll nicht gesagt sein, daß alle diese Bezeichnungen erst von den Leuten Justinians erfunden seien; insbesondere die „actio praescriptis uerbis" war sicher schon den „Lehrern des Erdkreises" Eudoxius und Patricius bekannt.[3] Wann sie zuerst aufgekommen sind, wie sich das „praescriptis uerbis" erklärt, das ganz gewiß nicht von einer praescriptio im Sinne des Formularprozesses zu verstehen ist,[4] das sind Fragen, auf die eine einigermaßen sichere Antwort auf Grund der uns zu Gebote stehenden Quellen nicht möglich ist. Eine Auseinandersetzung mit der umfangreichen Literatur[5] ist selbstverständlich an diesem Orte ausgeschlossen. Für uns genügt die Feststellung, daß eine ediktsässige formula de aestimato oder gar praescriptis uerbis nicht nachweisbar ist.

Tit. XX

DE RE UXORIA[6]

Ulp. 33. 34, Paul. 35[7]–37, Gai. 11,[8] Iulian. 16–18.[9]

Der Titel de re uxoria enthielt folgende Stücke:

1. Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur (Formel der actio rei uxoriae).
2. Edictum de alterutro.
3. De rebus amotis.
4. De moribus.

Die Ordnung dieser Stücke im Album ist sehr zweifelhaft. Vom edictum de alterutro und vom iudicium de moribus haben wir nur höchst unsichere

[1] SZ 16, 80ff.

[2] Vgl. etwa Riccobono, dal dir. rom. 642, Rotondi, Scritti II, 461.

[3] Vgl. die schol. Bas. Heimbach I, 695[4], IV, 593[1].

[4] So auch Rudorff, RG II, 50, EP § 114. Auch in dem vielbesprochenen schol. 1 in Bas. XI, 1, 7 (Heimbach I, 560) ist nur von demonstratio die Rede. Vgl. EP[2], 292.

[5] Zusammenstellung (bis 1919) in der thèse von Meylan, orig. et nat. de l'action p. u., dessen Ergebnisse aber von den meinigen weit abweichen. Hinzuzufügen wäre insbesondere Beseler IV, 135.

[6] Fr. Vat. vor § 94: de re uxoria ac dotibus (vgl. Mommsens Apograph. 302. 304. 306).

[7] Paul. 35 enthält Einleitung zum Titel. Eheschließung und -auflösung: (1. 7) 6, 23, (23. 1) 7, (23. 2) 2, 10, 14, 16, (24. 2) 1, 3, (50. 16) 191, (50. 17) 48. Bestellung der dos und pacta: (23. 3) 41, (23. 4) 12, 14, 16, 20.

[8] Einleitung zum Titel sind aus Gai. 11: (23. 1) 8, (23. 2) 17, 53, 55, (24. 2) 2.

[9] Iulian. 16. 17 enthält allgemeine Erörterungen (Lehre von der Ehe, der Bestellung der dos, dem Rechtsverhältnis an derselben durante matrimonio, donatio i. u. e. u. etc.), vgl. Iulian. 16: (23. 1) 11, (23. 2) 18, cit. (40. 7) 3 § 16, (12. 4) 7, (23. 3) 44, 46, (23. 5) 7, (24. 3) 30, (45. 1) 53, cit. (7. 1) 25 § 7, (23. 3) 33, (23. 5) 5. Iulian. 17 (24. 1) 4, 37, (39. 5) 1, 14, (39. 6) 13, (50. 17) 63, cit. (23. 3) 5 § 9, (24. 1) 3 § 13, 5 § 1. 13, 11 § 3, (39. 6) 2, (23. 4) 13, 21.

Spuren. Das Edikt über die Eideszuschiebung de rebus amotis wird von Ulpian an einer andern Stelle des Kommentars erörtert als von Paulus: von jenem nämlich anscheinend gelegentlich der retentio propter res amotas, von diesem erst gelegentlich der actio rerum amotarum. Ich halte es unter diesen Umständen für verlorene Mühe, Hypothesen über die schließlich ja nicht sehr wichtige ursprüngliche Anordnung aufzustellen.

Von der öfter erwähnten missio dotis seruandae causa[1] finde ich in den Kommentaren zu unserm Titel keine Spur. Sie war wahrscheinlich nur ein Anwendungsfall der allgemeinen missio rei seruandae causa der Gläubiger.[2]

Vergebens wird man ebenso in den zu unserm Titel erhaltenen Kommentarfragmenten nach einer Andeutung über das berüchtigte praeiudicium quanta dos sit suchen. Ich glaube kaum, daß es unter diese Rubrik gehört (vgl. unten § 186).

Auffallend ist, daß sowohl bei Ulpian wie bei Paulus die Lehre von der Vererbung der actio rei uxoriae in einem spätern Buche steht als die sonstige Darstellung der actio:[3] doch wage ich nicht, aus diesem Umstand Folgerungen zu ziehen.

§ 113. SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODUM PETATUR[4]

Ulp. 33.[5] 34,[6] Paul. 36.[7] 37,[8] Gai. 11,[9] Iulian. 18.[10]

Esmein[11] hat die Vermutung aufgestellt, die actio rei uxoriae sei ursprünglich eine prätorische Pönalklage gewesen, während er ihr für die klassische Zeit zivilen Charakter zuschreibt. Die Begründung dieser Hypothese zu prüfen, ist hier nicht der Ort; uns beschäftigt nur die Formel des Hadrianischen Edikts. Von ihr läßt sich mit großer Sicherheit behaupten, daß sie in bonum aequum konzipiert war, in ihrer Formulierung aber von der der sonstigen formulae in bonum aequum conceptae erheblich abwich.

[1] (6. 1) 9, (44. 3) 15 § 4, (46. 3) 48, (50. 1) 26 § 1, C. (7. 72) 8.

[2] So mit guten Gründen Solazzi I.L. 49, 320f. D. (6. 1) 9 und (50. 1) 26 § 1 sind itp.

[3] Vgl. unten n. 6 und 8.

[4] D. (24. 3), C. (5. 18).

[5] h. t. 22, 24, 62 (= 24 § 4), (23. 3) 39, (26. 7) 11 cf. h. t. 22 i. f., (49. 17) 7, (48. 20) 3, 5. Retentio propter res amotas: (25. 2) 11, 13, (12. 2) 37. Retentio propter liberos(?): (48. 8) 8, cf. schol. Sin. (ed. Krüger, coll. libr. iur. III) XII, 34. Retentio propter impensas: (30) 59 ict. 58. Retentiones überhaupt: fr. Vat. 120.

[6] Vererbung (Ulp. fragm. VI, 4. 7): (22. 1) 21, 23, (24. 2) 5. Instrumenta und pacta: (23. 3) 40, cod. 14 (wahrscheinlich falsch inskribiert, s. Paling. Ulp. nr. 2787), (23. 4) 11, (5. 1) 65, (24. 1) 35 cf. Paling. II, 647 n. 1. De dote caduca(?) (Ulp. nr. 972–974): (1. 9) 10, (50. 16) 190, (49. 14) 27.

[7] h. t. 23, 25, (23. 5) 1, 3; (24. 1) 36 — retentio propter res donatas; (25. 1) 4, 10 — propter impensas, wozu auch Paul. 7 breu. eod. 13.

[8] Vererbung: (22. 1) 22, 24, h. t. 26, (45. 1) 49.

[9] (23. 3) 42, (23. 4) 15, (23. 5) 4, (24. 1) 6, 8, 10, 30, 42, 61, (41. 1) 32 — ret. propt. res don.(?), h. t. 27 (Vererbung).

[10] (12. 1) 20 — als Parallele herangezogen, (23. 3) 47, (23. 4) 18, (24. 3) 31, (35. 2) 85, (39. 6) 14. Cit. (24. 1) 15 § 1, (24. 2) 4, endlich wohl auch (23. 3) 5 § 13, wo aus Versehen Iulian. 19 zitiert ist.

[11] NRH 1893, 152ff., 164.

Die Worte „quod melius aequius erit“ sind uns zuverlässig als Bestandteil der Formel überliefert.[1] Zwar reicht keines der in n. 1 angeführten Zeugnisse bis in die Zeit der Abfassung des Hadrianischen Edikts; allein, da eine Abänderung der überkommenen Formel, etwa einer Schablonierungstendenz zulieb, durchaus unwahrscheinlich ist,[2] da ferner noch Gaius in fr. 8 (4. 5) die actio als in bonum et aequum konzipiert bezeichnet,[3] so dürfen und müssen wir jene Worte auch für das Hadrianische Edikt in Anspruch nehmen.

Trotz dieses positiven Anhaltspunkts gehen die Ansichten über die Konstruktion der Formel im übrigen sehr auseinander.[4] Als intentio hat Dernburg: *quantum* N^m N^m A^{ae} A^{ae} *dare facere aequius melius esse paret;* Rudorff: *quod melius aequius erit* N^m N^m A^{ae} A^{ae} *dare repromittere;* Bechmann: *quidquid ex dote* N^m N^m *uxori reddere aequius melius esse parebit;* Czyhlarz: *quidquid* N^m N^m *dotis nomine uxori reddere oportere aequius melius esse parebit.* Ich unterlasse es hier darzulegen, was gegen jeden dieser Versuche speziell beizubringen sein möchte; m. E. entsprechen sie alle weder den Quellen noch auch den aus dem materiellen Recht der actio rei uxoriae sich ergebenden Forderungen. Existenz, Umfang und Zeit der Restitutionsverpflichtung bei dieser actio sind bekanntlich ganz wesentlich positiv geordnet.[5] Die Verpflichtung setzt iure ciuili Auflösung der Ehe voraus, daher das agere durante matrimonio nur durch fictio diuortii ermöglicht wurde.[6] Desgleichen stehen die klagberechtigten Personen positivrechtlich fest, ist ferner die Minderung des Klaganspruchs durch retentiones höchst positiv geregelt. Und alle diese Rechtssätze positivster Natur sollten in der Formel ihren Ausdruck in einer intentio gefunden haben, die dem arbitrium iudicis in aller und jeder Beziehung den freiesten Spielraum ließ?[7] Die Quellen führen, soweit ich sehe, nicht zu

[1] Cic. top. c. 17 § 66, de offic. III, 15 § 61, Labeo h. t. 66 § 7, Proculus (46. 3) 82. Prob. Einsidl. 9: M. A. E. = melius aequius erit.

[2] Vgl. auch Dernburg, Compensation (2. Aufl.) 102 n. 1.

[3] Vgl. auch Pompon. h. t. 10 § 1, Ter. Clem. (31) 53 pr.

[4] Vgl. die Rekonstruktionen bei Dernburg, a. a. O. 101 f., Rudorff, EP § 120, Bechmann, Dotalrecht II, 324, Czyhlarz, Dotalrecht 365, Betti, antitesi 52.

[5] Ein Teil dieser positiven Ordnungen könnte, wenn die a° r. u. ursprünglich eine prätorische a° poenalis war, auf prätorische Praxis zurückgehen, nicht aber alle, insbesondere nicht die gewiß erst spät, vermutlich durch ein Augustisches Gesetz, eingeführte Fixierung der retentiones. Dies gegen Partsch, SZ 31, 420. Arangio-Ruiz, form. c. dem. 41, irrt, wenn er mir die Annahme zuschreibt, die a° r. u. sei durch ein Gesetz *eingeführt* (derivi dalla legge); daran denke ich nicht, unterlasse darum auch jede Vermutung über ihre ursprüngliche Formulierung. Aber ihr Recht ist nachgehends ganz sicher z. T. gesetzlich geregelt worden, und darum konnte es bei der einfachen Verweisung auf die Billigkeit in der Formel nicht bleiben.

[6] C. (5. 12) 30 i. f. Ein anderer Fall fiktizischer Fassung ist in (24. 2) 5 erwähnt. Über noch eine Fiktion (gültiger Ehe), die man (irrig) im Papyrus Cattaoui hat bezeugt finden wollen, vgl. Boulard, les instructions écrites (1906) 53 ff. und die dort angef. Literatur.

[7] Karlowa, RG II, 221, wendet ein, daß bei Boeth. in Cic. top. 17, 66 die retentio sextantis ausdrücklich auf das aequius melius gestützt werde: aequius melius est sextans retineri. Boethius wird die Kenntnis von der retentio sextantis wohl einer

dieser widersinnigen Annahme, sondern ganz im Gegenteil zu einer intentio certa: es ist uns ausdrücklich überliefert, daß die intentio nicht auf „quidquid", sondern auf „dotem reddi"[1] gerichtet war, Ulp. 33 h. t. 22 § 9:

> Item pater furiosae utiliter intendere sibi filiaeue suae reddi dotem potest.

Ein intendere dotem reddi kann nun aber nimmermehr in dem Formelteil stattgefunden haben, in dem das überlieferte quod melius aequius erit gestanden hat, und versucht man andererseits etwa die Rekonstruktion

> Si A^{ae} A^{ae} dotem reddi melius aequius esse parebit,

so verstößt man gegen den Wortlaut „quod melius aequius erit" und macht zugleich dem Judex die Berücksichtigung der Retentionen unmöglich, da er auf Grund einer so gestalteten Formel die dos nur im ganzen hätte zu- oder absprechen können.[2] Wohl aber kann die intentio folgendermaßen gelautet haben:

> *S. p. N^m N^m A^{ae} A^{ae} dotem partemue*[3] *eius reddere oportere,*[4]

und daran schloß sich glatt und angemessen das Formelstück

> quod eius[5] melius aequius erit,[6] eius iudex N^m N^m A^{ae} A^{ae} c. s. n. p. a.

Hier kommt das officium iudicis zu dem ihm gebührenden Recht: der

Juristenschrift verdanken; es wird aber nicht dieser, sondern ihm selbst auf Rechnung zu setzen sein, daß er sie zur Kommentierung des Cicerotexts verwerten zu dürfen glaubte.

[1] Wegen des Worts reddere, das für die Bezeichnung des Inhalts der Restitutionsverbindlichkeit das allgemein technische ist, vgl. außer den im Text angef. Stellen noch besonders: (12. 2) 30 § 2, (17. 2) 66, h. t. 34, (46. 3) 82 i. f.

[2] Vgl. Bechmann, a. a. O. 320.

[3] Gegen partemue Biondi, iud. b. f. 198.

[4] Für intentio certa auch Solazzi, restituz. d. dote 365. Karlowa, a. a. O. 222, hält die so formulierte intentio für unvereinbar mit fr. 8 (4. 5) und für keine intentio certa. Letzteres ist eine Frage der Terminologie, über die ich nicht streite. Fr. 8 cit. läßt die actio r. u. durch capitis deminutio nicht untergehen, weil sie als in bonum aequum concepta „naturalem praestationem" habe. Das weist m. E. gerade auf eine intentio, die die entgegengesetzte Entscheidung möglich erscheinen ließ: aus dem melius aequius wird die naturale Bedeutung der ganzen Verbindlichkeit erschlossen, die ohne dies nicht zweifellos gewesen wäre (übrigens ist der Eingang von fr. 8 cit. itp., vgl. Perozzi, ist. I, 327[1]). Was Karlowa vorschwebt — eine formula in factum concepta nach dem Schema: quod Titia N^o N^o marito dotem dedit, quod eius melius aequius erit reddi *etc.* — hätte den Gedanken an eine Einwirkung der capitis deminutio kaum aufkommen lassen. Und wie wäre dabei eine fictio diuortii zu denken? Ich kann mich auf keine Weise mit der Annahme befreunden, daß ein derart durch Gesetz geregelter Anspruch eine Formel gehabt habe, die mit der prätorischen actio iniuriarum auf einer Stufe stand. Eine andere (historische) Erklärung des fr. 8 versucht Mitteis, röm. Pr. R. I, 61[65].

[5] Quod eius aequius melius erit haben die besten Handschriften in Cic. top. c. 17 § 66.

[6] Wahrscheinlich stand die Klausel einfach so da; der Judex konnte sich subintellegieren „N^m N^m A^{ae} A^{ae} condemnari" oder auch vielleicht „A^{ae} A^{ae} reddi", vgl. fr. 82 i. f. (46. 3). An ein quantum aequius melius erit dari repromittiue ist m. E. jedenfalls nicht zu denken: wegen Cic. pro Roscio com. c. 4 § 11. 12 vgl. oben S. 297 n. 1. Mit dem arbitrium rei uxoriae hat diese Stelle übrigens unter keinen Umständen zu tun.

Judex soll, nachdem er Dasein und Umfang des zivilen reddi oportere nach Maßgabe der positiven Rechtsquellen festgestellt hat, nunmehr untersuchen, ob nicht nach den Grundsätzen der aequitas die Restitutionspflicht weitere Modifikationen, namentlich weitere Ermäßigungen erleide,[1] genauer: auf wieviel der Beklagte um seiner festgestellten Restitutionspflicht willen ex aequo et bono zu kondemnieren sei. Zu dieser Formelfassung stimmt einerseits die Verwertung des melius aequius bei Labeo und Proculus in fr. 66 § 7 h. t. und fr. 82 (46. 3), und andererseits hat die von mir behauptete auf reddi oportere gestellte intentio eine gewisse Stütze an Gai. (17. 2) 66:

> Quod si eo tempore quo diuiditur societas in ea causa dos sit, ut certum sit eam uel partem eius[2] reddi non oportere . . .

Vgl. Paul. (12. 2) 30 § 2:

> . . . si iurauit decem se dedisse in dotem, hoc solum non erit quaerendum, an data sint, sed quasi data sint, quod ex eo reddi oportet, praestandum erit.

Sind obige Vermutungen richtig, so wird es damit zugleich wahrscheinlich, daß die actio rei uxoriae keine demonstratio hatte: denn wozu eine solche, da doch die Tatsache der Bestellung der dos — nur auf diese könnte die demonstratio gelautet haben — schon aus der intentio ersichtlich war?[3] Nicht unwahrscheinlich ist mir dagegen, daß die den Gegenstand der Klage bildende dos je nach Verschiedenheit des Falles als profecticia oder aduenticia in der intentio selbst bezeichnet war. Es mußte sich dies durch Zweckmäßigkeitsgründe empfehlen, und der an sich völlig sinnlose, weil die Hauptsache verschweigende, Name dos profecticia würde sich vortrefflich erklären, wenn wir seinen Ursprung in einem „dotem quae ab A° A° profecta est" oder einer ähnlichen Wendung der Formel suchen dürften.[4]

Bei der Klage adiuncta filiae persona ging die intentio nach Ulp. 33 h. t. 22 § 9 auf „patri filiaeue (filiaeque *scr.?*) reddi oportere",[5] während die condemnatio auf den Namen des Vaters allein gestellt wurde.

[1] Vgl. auch Boeth. in Cic. top. 17, 66.

[2] Vgl. auch fr. 24 § 7 h. t., wo im Fall si bona mulieris pro parte sint publicata scharf unterschieden wird, ob die publicatio vor oder nach der Litiskontestation stattgefunden hat. Dort, so heißt es, superest reliquae partis dotis exactio; hier dagegen: sufficiet arbitrium iudicis ad partis condemnationem faciendam. Im ersten Fall entscheidet die intentio, im zweiten das quod melius aequius erit der Formel.

[3] Vgl. des Nähern die treffenden Bemerkungen Bechmanns, a. a. O. 322, wo auch die Unmöglichkeit einer auf die Tatsache des diuortium gestellten demonstratio nachgewiesen ist.

[4] Vgl. auch C. (5. 12) 6. v. „dotis actionem profecticiae nomine competentem".

[5] Bechmann, a. a. O. 325, meint, diese Fassung sei unmöglich, da von einem oportere gegenüber einer filia familias keine Rede sein könne. Dem entgegen ist darauf hinzuweisen, daß durch ein „s. p. dotem A° A° filiaeue eius reddi oportere" die filia keineswegs als Subjekt der Obligation hingestellt, sondern nur soviel verlangt ist, daß eine Zivilverpflichtung des Beklagten vorhanden sein müsse, die dos „patri filiaeue" zurückzugeben; wenn andere in ius konzipierte actiones in personam Hauskindern verschlossen sind, so ist die Ursache einfach die, daß eine Verpflichtung z. B. aus

An obigen Ergebnissen darf nicht irremachen, daß Gai. IV, 62, wenn die immerhin nicht völlig sichere Lesung des C. Veron. das Richtige trifft,[1] die actio r. u. zu den b. f. iudicia rechnet. Eine Formel nach dem gewöhnlichen Schema der b. f. iudicia ist hier unbezeugt und durchaus unglaublich. Sie müßte, da von ihr aus älterer Zeit nichts bekannt ist, relativ spät aufgekommen sein, zu einer Zeit, wo das Recht der actio r. u. in weitestem Umfang positiv geregelt war, und ist doch mit dieser positiven Regelung ebenso unverträglich wie die oben bekämpften Rekonstruktionen. Hat also Gaius wirklich so geschrieben wie wir lesen, so hat er damit nur zum Ausdruck bringen wollen, daß das officium iudicis hier ebenso unter der Herrschaft der bona fides stehe wie bei den regulär formulierten Aktionen. Wir hätten dann hier die gleiche Erscheinung vor uns, der wir oben (S. 293) bei der actio fiduciae begegnet sind.

Noch erheben sich schließlich zwei Spezialfragen. Erstlich: enthielt unsere Formel eine Klausel, wodurch ein iussum de reddenda dote, speziell etwa de cauendo und de restituendo vorgesehen war? Darauf läßt sich m. E. nur mit einem non liquet antworten. Zweifellos, daß der Judex dem Beklagten bei Vermeiden der Kondemnation, wie auch dem Kläger bei Vermeiden der Absolution mancherlei Kautionen auflegen konnte und mußte,[2] zweifellos auch, daß er überhaupt ein iussum de restituendo erlassen[3] und bei Ungehorsam den Kläger zum Schätzungseid zulassen konnte,[4] nicht bewiesen und sehr zweifelhaft dagegen, daß diese Funktionen des officium iudicis auf einer besondern Klausel der Formel beruhten: denn das quod melius aequius erit kann sehr wohl als ausreichende Ermächtigung des iudex zu allen jenen Maßnahmen gegolten haben; ich mache namentlich auf das Futurum „erit“ aufmerksam, das auf den Zeitpunkt der Kondemnation hinweist und darum Berücksichtigung aller durante lite erfolgten Leistungen des Beklagten erlaubte.[5] Zweitens: enthielt die Kondemnation die beschränkende exceptio „quantum facere potest“? Dies nimmt Rudorff an, m. E.[6] mit Unrecht. Die iuris ignorantia des iudex, wovon in fr. 17 § 2 h. t. die Rede ist, ist kaum denkbar, wenn das beneficium competentiae in der Formel ausgedrückt war;[7] dasselbe beruhte wohl lediglich auf Interpretation des melius aequius, und dafür spricht auch das

maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est

in fr. 12 h. t., wie andererseits der Umstand, daß das beneficium der actio ex stipulatu gegenüber bekanntlich nicht Platz griff.[8]

Kauf oder Stipulation, dem Hauskind zu leisten, nicht besteht. Anderer Lösungsversuch bei Partsch, SZ 31, 420.

[1] Die abweichende Lesung Biondis, iud. b. f. 264f., ist m. E. paläographisch unmöglich.

[2] h. t. 24 § 2. 6, 25 § 1. 4, 57, eod. 7 § 15. 55.

[3] Vgl. Czyhlarz, a. a. O. 364 oben.

[4] h. t. 25 § 1.

[5] Vgl. auch (5. 1) 41 aus Papin. 11 quaest., in welchem Buch Papinian von unserer actio handelt. Ob die Stelle ganz unberührt ist, ist hier gleichgültig.

[6] Übereinstimmend Brinz, krit. Vjschr. 11, 476, Czyhlarz, a. a. O. 332f.

[7] Vgl. schon Unterholzner, Schuldverhältnisse, I, 380 n. b.

[8] C. un. § 7 (5. 13).

§ 114. DE ALTERUTRO

Ulp. 34.[1]

Iustinian. C. (5. 13) 1 § 3[a]:

Sciendum ... est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur ...

Theodos. C. Th. (4. 4) 7 pr.:

... mulier in edicto, quod de alterutro est, cum suam explanauerit optionem, ne paenitentia possit ad aliud transire, etiam satisdatione cogetur praecauere, nisi si aetatis iuuetur auxilio.

Über das Edikt de alterutro vgl. Czyhlarz, Dotalrecht 476 ff., und die daselbst angef.

§ 115. DE REBUS AMOTIS[2]

Ulp. 33,[3] 34,[4] Paul. 37,[5] Iulian. 19.[6]

Diocl. et Maxim. C. h. t. 2:

Diuortii gratia rebus uxoris amotis a marito uel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio.

Das Reskript ist zweifellos itp.; im Urtext kann es nur von den rebus mariti ab uxore amotis gehandelt haben.[7]

Paul. 7 ad Sab. h. t. 1:

Rerum amotarum iudicium singulare introductum est aduersus eam, quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse.

Die actio rerum amotarum war prätorisch und in factum konzipiert.[8] Zwar heißt es bei Gai. 4 h. t. 26:

Rerum amotarum actio condictio est.

Allein diese Äußerung kann unmöglich so aus der Feder des Juristen geflossen sein, ist, mögen auch fr. 17 § 2 und 25, wo das iud. r. a. in ausdrücklichen Gegensatz zur condictio gestellt ist, itp. sein, keinesfalls wörtlich zu nehmen. Vermutlich besagte die Stelle in ihrem ursprünglichen Wortlaute nur, daß die actio rerum amotarum juristisch der condictio gleichstehe. Über diesen Zusammenhang aber gibt die Inskription Gai. 4, die uns auf den Titel de restitutionibus verweist, wenn nicht geradezu Aufschluß, so doch die Möglichkeit einer sehr wahrscheinlichen Hypothese. Nach fr. 7 § 1 (4. 5) gehen die actiones ex delicto durch capitis deminutio des

[1] (35. 1) 41: Legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio exstiterit deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt.

[2] D. (25. 2), C. (5. 21).

[3] h. t. 11, 13, (12. 2) 37, vgl. S. 303, Paling. II, 645 n. 5.

[4] h. t. 15, 17, 19. Fr. 17 fälschlich Ulp. 30 inskribiert.

[5] h. t. 9, 21, (12. 2) 38; s. auch Paul. 7 breu. h. t. 12.

[6] h. t. 22.

[7] Zanzucchi, riv. Ital. 42, 2 f.

[8] A. M. Bekker, Aktionen I, 144; vgl. auch Baron, die Condictionen 263.

Schuldigen nicht unter, und das Edikt de capite minutis findet daher auf sie keine Anwendung: daher dauert namentlich die actio furti als noxalis fort, während die condictio furtiua nur rescissa capitis deminutione möglich ist. Wie nahe mußte nun hier dem Juristen die Frage nach der Behandlung der actio rerum amotarum liegen![1] Zwar wurde diese als actio in factum concepta niemals fiktizisch gefaßt; aber, ob sie als noxalis zu gewähren oder ob auch für sie der Defensionszwang nach Gai. III, 84 eintrat, diese Frage verlangte hier ebenso Beantwortung wie bei jeder actio ciuilis. Und hier nun wird Gaius die in fr. 26 h. t. entstellt überlieferte Äußerung getan haben: „die actio rerum amotarum ist nach den Regeln der condictio zu behandeln:[2] denn, wenn man auf die Sache und nicht auf die Form sieht, unterscheidet sie sich in nichts von der condictio, ist sie die condictio: wie diese, verhüllt sie das begangene Delikt, wie diese, ist sie reipersekutorisch und nicht pönal".[3] Ich halte, wie gesagt, diesen Zusammenhang des fr. 26 h. t. für sehr wahrscheinlich; ist er aber auch nur möglich,[4] so zeigt sich, wie bedenklich es ist, aus einer derart vereinzelten, von ihrem ursprünglichen Sitz weggerissenen Stelle Folgerungen zu ziehen, die mit anderen nicht anzufechtenden Zeugnissen in Widerspruch stehen.

Was nun die nähere Fassung unserer actio angeht, so wissen wir mit Bestimmtheit, daß als Klagvoraussetzung das „diuortii causa amouisse" figurierte[5] und daß die Kondemnation auf quanti ea res fuit ging.[6] Außerdem wird die Tatsache der erfolgten Scheidung in irgendeiner Weise ausgedrückt gewesen sein, vgl. fr. 1 h. t.:

> Rerum amotarum iudicium singulare introductum est aduersus eam quae uxor fuit . . .

Fr. 25 h.t.:

> Rerum . . . amotarum iudicium sic habet locum, si . . . secutum diuortium fuerit.

Endlich ist mir nicht unwahrscheinlich, daß auch die negative Kondemnationsbedingung „easque res redditas non esse" nicht fehlte,[7] arg. fr. 8 § 1 h. t.:

> Sabinus ait, si mulier res, quas amouerit, non reddat, aestimari debere quanti in litem uir iurasset.

[1] Vgl. fr. 3 § 12 (15. 1).

[2] Daß dies wirklich geschehen, sagt (15. 1) 3 § 12, ein freilich itp. Text.

[3] Vgl. auch Levy, Privatstr. 114f., 133[6].

[4] Vgl. die Ausdrucksweise in fr. ult. (27. 8): eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores. Ein Fall, wo doch von einer wirklichen Identität der actio keine Rede sein konnte. Vgl. § 127.

[5] Ulp. 34 h. t. 17 § 1, Paul. 37 h. t. 21 pr. § 1; vgl. ferner h. t. 23, C. h. t. 2, 3, D. (12. 2) 28 § 7. Damit erledigt sich Barons (a. a. O. 263) intentio „s. p. N^am A^o res reddere debere". Vgl. namentlich die utilis actio in fr. 21 pr. h. t.

[6] Paul. 37 h. t. 21 § 3-6; wegen des „fuit" vgl. fr. 29 h. t., Karlowa, RG II, 1182.

[7] Fehlt bei Rudorff, EP § 121. Nicht etwa „nisi . . . restituet", was sich mit dem „q. e. r. *fuit*" nicht vertragen würde. Gegen die abweichende Meinung Karlowas und Zanzucchis Biondi, studi 156f., Levy, SZ 36, 76f., ersterer aber aus nicht zutreffendem Grunde. S. auch Levy, Privatstr. 114f.

Außer der actio rerum amotarum gehört unter die Rubrik de rebus amotis noch ein Edikt, wovon uns Ulp. 33 h. t. 11 § 2 berichtet:

> Qui rerum amotarum instituit actionem, si uelit magis iusiurandum deferre, cogitur aduersarius iurare nihil diuortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert.[1]

Ohne Zweifel bezog sich dies Edikt[2] zugleich auch auf die retentio propter res amotas; so mag sich erklären, daß Ulpian es schon lib. 33, wo er nur von der retentio gehandelt haben kann, bespricht, Paulus erst lib. 37[3] gelegentlich der actio.

§ 116. DE MORIBUS[4]

Paul. 37 ?.[5]

Das iudicium de moribus[6] stand sehr wahrscheinlich zu der retentio propter mores in dem gleichen Verhältnis, wie das iudicium rerum amotarum zu der retentio propter res amotas, d. h. es war das Mittel, wodurch die vermögensrechtlichen Folgen verschuldeter Ehescheidung, insoweit sie nicht retentionsweise geltend gemacht worden waren, klageweise durchgesetzt werden konnten.[7] Daß die Formel keine Präjudizialformel war, sondern eine Kondemnation vorsah, geht aus der Pflicht der Beklagten hervor, cautio iudicatum solui zu stellen (Gai. IV, 102). Vermutlich wird, wo eine solche Nachklage beabsichtigt war, dieserhalb i. d. R. bei Herauszahlung der dos ein Vorbehalt gemacht worden sein, ohne daß dies jedoch Voraussetzung des Klagrechts war.[8]

Über die Formel wissen wir schlechthin nichts,[9] so daß jede diesbezügliche Hypothese müßig ist. Daß eine solche Formel aber im Edikt proponiert war, ist trotz des Schweigens der erhaltenen Kommentarfragmente nicht zu bezweifeln;[10] dieses Schweigen erklärt sich genügend daraus, daß Justinian in c. 11 i. f. (5. 17) unser iudicium abgeschafft hat.

[1] Rudorff l. c. fügt aus fr. 13 h. t. hinzu: Labeo scribit mulieri non esse permittendum referre iusiurandum, et ita edictum ordinatum uidetur. Dieser Satz enthält aber nicht Bericht über Ediktinhalt, sondern Schluß aus der Fassung des Edikts, vgl. h. t. 11 § 3.

[2] Vgl. dazu Demelius, Schiedseid und Beweiseid 59 f.

[3] (12. 2) 38.

[4] Vgl. zu § 116 Klingmüller bei Pauly-Wiss. s. v. iudic. de moribus.

[5] (48. 2) 4.

[6] Vgl. Gai. IV, 102, (23. 4) 5 pr., C. Theod. (3. 13) 1, C. Iustin. (5. 17) 11 § 2.

[7] Vgl. Bechmann, Dotalrecht I, 89 f., Czyhlarz, Dotalrecht 337 f., Brini, matrim. e divorzio (1887–89) III, 311 ff. Brini hat a. a. O. meine in n. 9 gemachte Bemerkung mißverstanden.

[8] Arg. (25. 2) 8 pr.

[9] Einen Anhalt würde (24. 3) 39 geben, wenn es sicher wäre, daß die daselbst erwähnte pronuntiatio *„utrumque causam repudii dedisse"* im iudicium de moribus gefällt war. Allein gerade das ist unwahrscheinlich, da unser iudicium sonst durchweg als iudicium de moribus mulieris erwähnt ist. Vermutlich handelt es sich um einen Zwischenentscheid im arbitrium rei uxoriae. Vgl. übrigens noch (48. 5) 12 § 3. 13, C. Th. (9. 20) 1.

[10] Was Rudorff, EP § 121 n. 6, hiergegen vorbringt, scheint mir ohne Belang.

Tit. XXI
DE LIBERIS ET DE UENTRE

Ulp. 34, Paul. 37, Iulian. 19.

§ 117. DE AGNOSCENDIS LIBERIS[1]

Ulp. 34,[2] Iulian. 19.[3]

Diocl. et Max. C. (8. 46 [47]) 9:

Nec filium negare cuiquam esse liberum senatus consulta de partu agnoscendo ac denuntiata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum . . . iure manifesto declarant.

Das hier erwähnte praeiudicium war ein prätorisches Rechtsmittel — I. (4. 6) 13, Theophil. ad h. l. —, das mit den extraordinären Rechtsmitteln aus den Senatusconsulta de partu agnoscendo nicht verwechselt werden darf;[4] das praeiudicio agere muß vielmehr von dem agere ex senatusconsultis scharf unterschieden werden. Es gab nur ein solches praeiudicium, wie aus den übereinstimmenden Äußerungen der Quellen hervorgeht, vgl. c. 9 cit., § 13 I. cit., fr. 3 § 4 h. t. Wenn daher in fr. 1 § 16, 3 § 4 h. t.[5] als möglicher Gegenstand des Präjudizialstreits die Fragen erwähnt werden „an ex eo praegnas fuerit", „an uxor fuerit", so darf man das nicht so verstehen, als ob in den verschiedenen Fällen die intentio des Präjudiziums verschieden gelautet hätte:[6] besondere Präjudizien über jene Spezialfragen wären ja ganz sinn- und zwecklos, ja wegen der Grundsätze über die Rechtskraft praktisch höchst bedenklich gewesen. Vielmehr lautete in allen Fällen die intentio gleich, und zwar wahrscheinlich:

an A^s A^s in ea causa sit, ut a N^o N^o agnosci debeat.[7]

Vgl. fr. 1 § 16 h. t.:

. . . non euitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit . quae causa si fuerit acta apud iudicem (consulem *scr.*) et pronuntiauerit [cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit

[1] Rubr. D. (25. 3) de agnoscendis *et alendis* liberis.

[2] h. t. 1, 3.

[3] h. t. 2, cit. h. t. 1 § 10. 12, 3 § 5.

[4] Die Kompilatoren allerdings scheinen eine solche Identifizierung beabsichtigt zu haben; sie haben daher u. a. in fr. 3 § 2 h. t. das Wort „praeiudicium" ungeschickt interpoliert. Vgl. Karlowa, RG II, 1105 ff.

[5] Fr. 3 § 2. 3 h. t. beziehen sich nicht auf das praeiudicium, sondern auf das agere ex senatusconsultis.

[6] So Schmidt (v. Ilmenau), krit. Bemerk. zu T. Liuii hist. (1856) 37, Rudorff, EP § 122 n. 2, Declareuil, mél. Girard I, 350.

[7] Warum so und nicht (vgl. Rudorff, EP § 122) „an filius sit"? Einfach deshalb, weil der Judex wirklich nicht über die prekäre Frage der Vaterschaft, sondern nur darüber zu Gericht sitzt, ob Kläger anerkannt werden müsse. Anders H. Krüger, SZ 45, 62: an A^s A^s filius (in p. p.) N^i N^i sit.

necne] in ea causa esse ut agnosci debeat:[1] siue filius non fuit siue fuit, esse suum . . .

Was die Fassung der Präjudizialformel anlangt, so sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, daß die von Rudorff, Bethmann-Hollweg[2] u. a. m.[3] beliebte Formulierung

Octauius iudex esto. Si paret . . .

ein Unding, eine Unmöglichkeit ist. Was soll dies in der Luft schwebende si paret? „Wenn erhellt, daß Aulus anerkannt werden muß": was dann? Überall, wo in den klassischen Quellen Präjudizien erwähnt werden, finden wir die vom Judex zu entscheidende Frage einfach in indirekter Form bezeichnet[4] — vgl. z. B. Gai. IV, 44. III, 123, Paul. sent. V, 9 § 1, § 13 I. (4. 6) —, und diese allein quellenmäßige Form der intentio der Präjudizien ist auch die allein sachlich angemessene. Gaius IV, 44 mutete seinen Lesern wahrlich nicht zu viel zu, wenn er von ihnen verlangte, in den in indirekter Form dem Judex vorgelegten Fragen das von ihm kurz zuvor dargelegte Wesen der intentio wiederzuerkennen: daß jede intentio mit „si paret" oder mit „quidquid paret" beginnen müsse, sagt Gaius nirgends.[5]

§ 118. DE INSPICIENDO UENTRE CUSTODIENDOQUE PARTU[6]

Ulp. 34.[7]

Ulp. 34 h. t. 1 § 10:

De inspiciendo uentre custodiendoque partu sic praetor ait: SI MULIER MORTUO MARITO PRAEGNATEM SE ESSE DICET, HIS AD QUOS EA RES PERTINEBIT[8] PROCURATORI*BUS*UE EORUM BIS IN MENSE DENUNTIANDUM CURET, UT MITTANT, SI UELINT, QUAE UENTREM INSPICIENT. MITTANTUR AUTEM MULIERES LIBERAE DUMTAXAT QUINQUE HAEQUE SIMUL OMNES INSPICIANT, DUM NE QUA

[1] Vgl. zu dieser Fassung noch das SC Iuncianum in fr. 28 § 4 (40. 5).

[2] CP II, 339.

[3] Anders: Heffter, ad Gai. IV, 60.

[4] Erst bei Theophil. zu § 13 I. (4. 6) findet sich die intentio „εἰ φαίνεταί με ἐλεύθερον εἶναι". Dies dürfte, wenn dem Bericht volles Zutrauen zu schenken wäre, keinesfalls mit „si paret", sondern müßte mit „an pareat" übersetzt werden. In der Tat nimmt Ferrini, I.L. 17, 900 eine derartige Fassung für alle Präjudizien an. So gut indes ein „si paret" als Bedingung einer richterlichen Entscheidung am Platze ist, so bedenklich ist mir eine Formel, die eben dies subjektive parere zum alleinigen Inhalt der geforderten Entscheidung macht. Die Annahme, daß Theophilus l. c. die intentio einfach nach dem ihm gewohnten Schema rekonstruiert habe, scheint mir daher nicht zu kühn, um so weniger, als die Klassizität gerade des praeiudicium an liber sit nicht unzweifelhaft ist (s. unten § 178).

[5] Zweifelnd gleichwohl Wlassak, klass. Prozeßf. 67[22]. Auch in den Beamteninstruktionen der extr. cognitio kommt nicht selten ein ἐὰν φανῇ oder ähnl. vor, aber auch hier nur als Bedingung einer zu treffenden anderweiten Entscheidung. Dies gegen Partsch, SZ 31, 421.

[6] D. (25. 4). Eine Anwendung dieses Edikts findet sich in dem Papyrus bei Wilcken, ArchfPapF 3, 368f., col. II, 1–9.

[7] h. t. 1, fälschlich Ulp. 24 inskribiert, (27. 2) 1. Unrichtig ist, wenn Rudorff, EP § 123 n. 1, unter den unser Edikt betreffenden Kommentarbüchern auch Iulian. 24 aufzählt: Iulian. 24 h. t. 2 gehört zur Erläuterung des Carbonianischen Edikts.

[8] Ulp. 34 h. t. 1 § 12–14.

EARUM DUM INSPICIT INUITA MULIERE UENTREM TANGAT. MULIER IN DOMU HONESTISSIMAE FEMINAE PARIAT, QUAM EGO CONSTITUAM. MULIER ANTE DIES TRIGINTA, QUAM PARITURAM SE PUTAT, DENUNTIET HIS AD QUOS EA RES PERTINET PROCURATORIBUSUE EORUM, UT MITTANT, SI UELINT, QUI UENTREM CUSTODIANT. IN QUO CONCLAUI MULIER PARITURA ERIT, IBI NE PLURES ADITUS SINT QUAM UNUS: SI ERUNT, EX UTRAQUE PARTE TABULIS PRAEFIGANTUR. ANTE OSTIUM EIUS CONCLAUIS LIBERI TRES ET TRES LIBERAE CUM BINIS COMITIBUS CUSTODIANT. QUOTIENSCUMQUE EA MULIER IN ID CONCLAUE ALIUDUE QUOD SIUE IN BALINEUM IBIT, CUSTODES, SI UOLENT, ID ANTE PROSPICIANT ET EOS QUI INTROIERINT EXCUTIANT. CUSTODES, QUI ANTE CONCLAUE POSITI ERUNT, SI UOLENT, OMNES QUI CONCLAUE AUT DOMUM INTROIERINT EXCUTIANT. MULIER CUM PARTURIRE INCIPIAT, HIS AD QUOS EA RES PERTINET PROCURATORIBUSUE EORUM DENUNTIET, UT MITTANT,[1] QUIBUS PRAESENTIBUS PARIAT. MITTANTUR MULIERES LIBERAE DUMTAXAT QUINQUE, ITA UT PRAETER OBSTETRICES DUAS IN EO CONCLAUI NE PLURES MULIERES LIBERAE SINT QUAM DECEM, ANCILLAE QUAM SEX. HAE QUAE INTUS FUTURAE ERUNT EXCUTIANTUR OMNES [IN EO CONCLAUI],[2] NE QUA PRAEGNAS SIT. TRIA LUMINA NE MINUS IBI SINT. QUOD NATUM ERIT, HIS AD QUOS EA RES PERTINET PROCURATORIBUSUE EORUM, SI INSPICERE UOLENT, OSTENDATUR. APUD EUM EDUCETUR, APUD QUEM PARENS IUSSERIT. SI AUTEM NIHIL PARENS IUSSERIT AUT IS APUD QUEM UOLUERIT EDUCARI, CURAM NON RECIPIET: APUD QUEM EDUCETUR, CAUSA COGNITA CONSTITUAM[3]. IS APUD QUEM EDUCABITUR QUOD NATUM ERIT, QUOAD TRIUM MENSUM SIT, BIS IN MENSE, EX EO TEMPORE QUOAD SEX MENSUM SIT, SEMEL IN MENSE, A SEX MENSIBUS QUOAD ANNICULUS FIAT, ALTERNIS MENSIBUS, AB ANNICULO QUOAD FARI POSSIT, SEMEL IN SEX MENSIBUS UBI UOLET OSTENDAT. SI CUI UENTREM INSPICI CUSTODIRIUE ADESSE PARTUI LICITUM NON ERIT FACTUMUE QUID ERIT, QUO MINUS EA ITA FIANT, UTI SUPRA COMPREHENSUM EST: EI QUOD NATUM ERIT POSSESSIONEM CAUSA COGNITA[4] NON DABO: SIUE QUOD NATUM ERIT, UT SUPRA CAUTUM EST, INSPICI NON LICUERIT, QUAS UTIQUE ACTIONES ME DATURUM POLLICEOR HIS QUIBUS EX EDICTO MEO BONORUM POSSESSIO DATA SIT, EAS, SI MIHI IUSTA CAUSA UIDEBITUR ESSE, EI NON DABO.

§ 119. SI UENTRIS NOMINE MULIERE IN POSSESSIONEM MISSA EADEM POSSESSIO DOLO MALO AD ALIUM TRANSLATA ESSE DICATUR[5]

Ulp. 34,[6] Paul. 37.[7]

Ulp. 34 h. t. 1 pr. § 1. 2:

Hoc edicto . . . praetor . . . constituit actionem in mulierem,

[1] *si uelint* ins. Mommsen.
[2] Gl. zu intus. Beseler, SZ 43, 535.
[3] Ulp. 34 (27. 2) 1 § 2: quamuis autem praetor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum . . .
[4] Ulp. 34 h. t. 1 § ult.
[5] D. (25. 5).
[6] h. t. 1.
[7] h. t. 2.

quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. non solum mulierem praetor coercet, uerum eum quoque in cuius potestate ea fuerit, scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit eius qui experitur. Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum uenit in possessionem, cogatur decedere.

Gai. IV, 177:

Contrarium iudicium . . . constituitur . . . partis . . . quintae.

Die Formeln waren ohne Zweifel bloße Umschreibungen des Edikts; die Kondemnationsanweisung des contrarium iudicium aber dürfte, wie auch Rudorff (EP § 124) annimmt, einfach an das s. n. p. a. des directum angehängt worden sein.

§ 120. SI MULIER UENTRIS NOMINE IN POSSESSIONE CALUMNIAE CAUSA FUISSE DICATUR[1]

Ulp. 34,[2] Iulian. 19.[3]

Das Edikt[4] wird von Ulpian in fr. un. § 2–5 h. t. kommentiert. Die in der Rubrik erhaltenen Worte bilden den Gegenstand des § 2; aus § 3 erfahren wir: hanc . . . actionem praetor intra annum pollicetur; § 4: . . . quanti agentis interfuit praetor actionem pollicetur; § 5: in parentem etiam praetor actionem pollicetur, si modo per eum factum sit, ut in possessionem per calumniam ueniret.

Von fr. un. § 6 h. t. an wendet sich der Kommentar zu den beiden Formeln, und zwar ist die aduersus mulierem in § 6–11, die aduersus patrem in § 12 behandelt. Ihre Fassung anlangend, so umschrieb die intentio gewiß nur das Edikt; die condemnatio scheint nach fr. un. § 6f. auf „*quanti A^i A^i interfuit, N^{am} N^{am} (Titiam) in eam possessionem missam non esse (fuisse?)*“ gestellt gewesen zu sein.

Tit. XXII

DE TUTELIS[5]

Ulp. 35. 36, Paul. 38, Gai. 12, Pomp. 68. 69, Iulian. 20. 21, Callistr. 3.

Der Titel de tutelis scheint von Paulus und Gaius (und ebenso auch von Julian, der ja überhaupt nicht als eigentlicher Kommentator verfährt) durch allgemeine Erörterungen eingeleitet worden zu sein, die sich nicht

[1] So ind. Flor. In der Digestenrubrik (25. 6) heißt es „esse dicetur“. Vgl. h. t. 1 § 2.
[2] Fr. un. h. t.
[3] cit. h. t. 1 § 9.
[4] Fr. 1 § 1 h. t.: hoc edictum.
[5] D. (26. 1).

an bestimmte Ediktstücke anlehnten; sie behandelten hier vielmehr gewisse Abschnitte des Vormundschaftsrechts systematisch, ohne Rücksicht auf die Natur der dafür in Betracht kommenden Rechtsquellen, und fügten das, was das Edikt an dahin gehörigen Vorschriften enthielt, passenden Orts in diese systematische Darstellung ein. Leider haben die Kompilatoren gerade die auf das Edikt bezüglichen Stellen der Kommentare, außer in dem Kommentar Ulpians, fast ganz und gar getilgt,[1] so daß der Rekonstruktionsarbeit gewisse Schwierigkeiten erwachsen. Jedenfalls müssen wir uns hier vor allem bemühen, den Zusammenhang des Ulpianschen Kommentars zu ermitteln. M. E. nun knüpft Ulpian seine Erörterungen überall an die Ediktrubriken an,[2] beschränkt sich jedoch so wenig wie Paulus und Gaius auf die Rolle des bloßen Kommentators. Ulp. 35 zerfällt in folgende Abschnitte:

1. de administratione tutorum (§ 121). Dies Edikt gibt trotz seines begrenzten Inhalts Anlaß, auf die verschiedensten Details der Vormundschaftsverwaltung einzugehen. Die wahrscheinlichen Beziehungen der einzelnen Stellen finden sich in meiner Palingenesie zu Ulp. nr. 992–1016 angegeben.

2. de eo qui, cum tutor non esset[3] *etc.* (§ 122).

3. de suspectis(?) tutoribus (§ 123).

Rudorff (EP § 126. 127) hat noch zwei weitere Edikte herauszufinden geglaubt: *de depositione pecuniarum* und *de satisdatione tutorum et curatorum*. Allein die die Satisdation betreffende Klausel ist — s. § 121 — nur ein Stück des Edikts de administratione, und für ein Edikt de depositione pecuniarum finde ich in den Quellen keinen Anhalt. Rudorff stützt die Annahme eines solchen Edikts nur auf zwei Stellen:[4] fr. 5 pr. und 7 § 3 (26. 7). Allein in beiden Stellen sind die entscheidenden Sätze itp.,[5] und, wenn sie echt wären, würden sie keinen Beweis für R. liefern können.[6]

Zu den drei aus Ulp. 35 zu ermittelnden Edikten treten als weiterer Inhalt des Titels die verschiedenen bei Ulp. 36 erörterten Formeln, für die unten die Belege folgen werden.

[1] Ohne alle ersichtliche Beziehung auf das Edikt sind aus Paul. 38: (26. 1) 1, (26. 2) 20, (26. 4) 6, 8, (26. 7) 12. Aus Gai. 12: (26. 1) 16, (26. 2) 1, (26. 4) 9, (26. 5) 5, (26. 7) 13, (26. 8) 9, s. auch Gai. I, 188. Aus Pomp. 68: cit. (26. 7) 3 pr.; aus Pomp. 69: cit. (26. 1) 1 § 3. Aus Iulian. 20: (27. 1) 20, cit. (26. 2) 8 § 3. Aus Iulian. 21: (26. 3) 3, (26. 8) 12, 13, cit. (26. 1) 6 pr.; (27. 10) 7.

[2] Anders die 1. Aufl.

[3] Dieses letztere Edikt hat Rudorff in seiner Rekonstruktion ausgelassen, ohne Zweifel deshalb, weil er es irrig mit dem unter dem Titel de restitutionibus proponierten (§ 43) für ein Edikt hielt. Vgl. Rudorff, d. R. der Vmdsch. II, 293 ff.

[4] Eine dritte — (42. 1) 15 § 12 — ist nur zur Vergleichung herangezogen. Wie Rudorff, auch Karlowa, RG II, 1190.

[5] Vgl. Mancaleoni, Fil. 26, 269, Solazzi, tut. e cur. (SA aus riv. Ital. 1914) 23 und die dort angef.

[6] Vgl. EP² 305.

§ 121. DE ADMINISTRATIONE TUTORUM[1]

Ulp. 35,[2] Callistr. 3.[3]

Ulp. 35 h. t. 3 § 1. 7:

> Si parens uel pater qui in potestate habet destinauerit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putauit[4] . . . (§ 7) si non erit a testatore electus tutor[5] aut gerere nolet, tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreuerit . . .

Vor diesen Klauseln stand als erste Klausel noch die de satisdatione.[6] Als deren Inhalt dürfen wir uns nämlich nicht mit Rudorff[7] die Verheißung denken, sei es jedem Vormund sei es gewissen Arten von Vormündern die Satisdation rem pupilli saluam fore anbefehlen zu wollen. Zwar ist es sicher, daß dem Prätor die Sorge für Ableistung dieser Kaution oblag,[8] sicher aber auch andererseits, daß die Frage, wer verpflichtet sei, sie zu leisten, von den Juristen als eine in der Praxis (die sich an Kaiserreskripte anlehnen mochte),[9] nicht als eine im Edikt entschiedene Frage behandelt wird. Vgl. fr. 17 pr. (26. 2):

> Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem saluam fore certo certius est.

Fr. 5 pr. § 1 (26. 4):

> Legitimos tutores . . . cogi satisdare certum est.

Mit solcher Ausdrucksweise[10] ist m. E. die Annahme eines Edikts des von Rudorff behaupteten Inhalts unvereinbar,[11] und zwar einerlei, ob man sich ein solches Edikt auf alle[12] oder nur auf die gesetzlichen Vormünder bezüglich denkt. Ersternfalls hätten nicht ganze Klassen von Vormündern auf dem Wege wissenschaftlicher Interpretation von der Kautionspflicht eximiert werden können — es gehören dahin außer den testamentarischen auch die von höhern Magistraten bestellten[13] —; letzternfalls war nichts zu fragen und nichts zu entscheiden, und dies tut doch der Jurist mit seinem certo certius est und seinem certum est.[14] Wenn sich aber Rudorff für sein Edikt auf fr. 8 (27. 10) beruft, wo es heißt:

[1] D. (26. 7), C. (5. 37).

[2] (26. 2) 3, 17, 19 pr. § 1, h. t. 3 § 1-ult., (26. 4) 5 pr.-§ 4, wohl auch (27. 1) 19 cf. h. t. 3 § 9, ebenso (46. 6) 3.

[3] (26. 2) 18.

[4] Vgl. h. t. 3 § 3: quamuis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegauit . . .

[5] Vgl. (26. 2) 19 § 1: quamuis uerba edicti ad testamentarios pertineant . . .

[6] Vgl. (26. 4) 5 § 3: secundum superiorem clausulam.

[7] EP § 127. S. auch Rudorff, d. R. d. Vmdsch. II, 214.

[8] Gai. I, 199.

[9] Vgl. I. (1. 20) § 3, I. (1. 24) § 3.

[10] Vgl. auch C. (5. 42) 3, 4.

[11] A. M. Karlowa, RG II, 1187f.

[12] So Rudorff, d. R. d. Vmdsch. II, 214.

[13] Nicht bloß die „ex inquisitione" bestellten. Dies Erfordernis ist überall itp. Solazzi, st. sulla tut. (1925) 34[1].

[14] A. M. Karlowa, a. a. O. Gegen ihn, ebenso auch gegen Taubenschlag, vormschrtl. Stud. (1913) zutreffend Kübler, krit. Vjschr. 52, 10f., Solazzi, tut. e. cur. (aus riv. Ital. 1914) SA 6f., 23f.

> Bonorum uentris nomine curatorem dari oportet eumque rem saluam fore uiri boni arbitratu satisdare proconsul iubet . . .,

so beweist das „proconsul iubet“ in diesem Zusammenhang jedenfalls nichts für das allgemeine Edikt Rudorffs; die Worte beweisen aber sogar nicht einmal die Existenz eines Edikts über den speziellen Fall der Stelle: das proconsul iubet wird vielmehr einfach auf das vom Prokonsul zu erlassende einzelne Dekret zu beziehen sein.[1]

Der wirkliche Inhalt der Klausel de satisdatione war allein der, den auch Rudorff (EP § 128 I.) ganz richtig unter der Rubrik de administratione gibt: sie verhieß demjenigen unter mehrern Mitvormündern, der sich zur Satisdation erbot, die alleinige Administration, vorausgesetzt nur, daß nicht auch die übrigen sich zur Satisdation bereit erklärten, Ulp. 35 (26. 2) 17 pr.:

> . . . cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cauetur . sed recte praetor etiam ceteris detulit hanc condicionem, si et ipsi uelint satisdare.

Die Klausel bezog sich nur auf die testamentarischen Vormünder, Ulp. 35 eod. 19 § 1:

> hoc edictum de satisdatione ad tutores testamentarios pertinet.

Ihr Zusammenhang mit den übrigen Klauseln des Edikts de administratione ergibt sich aus § 1 I. (1. 24):

> . . . potest unus offerre satis . . .: quodsi nemo . . . satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet: quodsi non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto praetoris cauetur.

Vgl. dazu noch (26. 2) 19 § 1, (46. 7) 3 § 5, (3. 1) 3 pr.

§ 122. *SI QUIS, CUM TUTOR NON ESSET, IN CONTRAHENDO AUCTOR FACTUS ERIT*

Ulp. 35,[2] Julian. 21.[3]

Ulp. 35 (27. 6) 11 pr.:

> [Falsus][4] tutor, qui in contrahendo[5] auctor minori duodecim uel quattuordecim annis[6] fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum.

Der Formel ging ein Edikt voraus, vgl. fr. 11 § 1 eod. v. „tenebitur hoc edicto“.

[1] Vgl. (45. 1) 5 pr.: et praetor iubet rem saluam fore pupillo caueri et interdum iudex.

[2] (27. 6) 11, (23. 1) 9 cf. h. t. 11 § 4; (50. 17) 49?

[3] cit. (27. 6) 11 § 3.

[4] Vgl. oben S. 119 n. 1.

[5] Die Worte „in contrahendo“ sind zu betonen; sie bilden den Gegensatz zur auctoritas bei Prozessen, auf die sich das Edikt des § 43 bezieht.

[6] Im Urtext vermutlich: mulieri uel impuberi. In fr. 11 § 2 (27. 6) ist nam *fin.* itp.

§ 123. DE SUSPECTIS(?) TUTORIBUS[1]

Ulp. 35.[2]

Ulp. 35 h. t. 1 pr.:

> [Haec clausula et frequens et pernecessaria est: cottidie enim suspecti tutores postulantur.]

Obwohl diese Einleitung itp. ist, und obwohl sich in der Detaildarstellung, die bei Ulpian folgt, durchaus kein Anklang an Ediktworte findet, so dürfte eine solche Klausel doch existiert, aber sehr allgemein gelautet und wohl nur die Verheißung enthalten haben, daß der Prätor Vormünder unter gewissen Voraussetzungen von der Vormundschaft entfernen werde. Die Frage, ob zwischen der accusatio suspecti und der bloßen remotio zu unterscheiden ist,[3] muß hier offen bleiben.

§ 124. ARBITRIUM TUTELAE[4]

Ulp. 36,[5] Paul. 38,[6] Gai. 12,[7] Iulian. 21,[8] Callistr. 3.[9]

Die Formel der actio tutelae wird von Rudorff, EP § 130, im wesentlichen ohne Zweifel richtig, folgendermaßen rekonstruiert:

> *Quod* N^s N^s A^i A^i (contraria: A^s A^s N^i N^i) *tutelam gessit,*[10] *quidquid ob eam rem* N^m N^m A^o A^o *dare facere oportet ex fide bona,*[11] *eius iudex* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.*

Daß im Album eine Konträrformel proponiert gewesen, wird von Partsch[12] bestritten. Nach ihm gab es in klassischer Zeit nur ein iudicium contrarium in dem von ihm vertretenen Sinne, nämlich mit der auf gegenseitige Prästationen angelegten intentio „quidquid alterum alteri d. f. o. ex f. b."; abgesehen davon habe dem Tutor für seine Gegenansprüche nur eine utilis n. g. actio zur Verfügung gestanden. Noch weiter geht Biondi,[13]

[1] D. (26. 10), C. (5. 43), I. (1. 26). Die Digesten- und Institutionenrubrik lautet: de susp. tut. *et curatoribus*. Von den Kuratoren war aber im Edikt jedenfalls nicht die Rede.

[2] Fr. 1, 3 h. t.

[3] Taubenschlag, vmschrtl. Stud. 27f., Solazzi, minore età 259f., bull. 28, 131f.

[4] C. (5. 51). (5. 58), D. (27. 3). (27. 4).

[5] Directa: (27. 3) 1 pr.-§ 18, (12. 3) 4, (26. 7) 6, 9, (27. 2) 2, (27. 7) 4. Contraria: (27. 4) 1, 3.

[6] (27. 7) 5. Vgl. Paul. 8 breu. (26. 7) 14, (27. 3) 10, 12.

[7] (27. 3) 14.

[8] Directa: (26. 7) 18, (27. 2) 4, cit. (26. 7) 5 § 7, (27. 3) 1 § 1. Contraria: (27. 4) 2, 4.

[9] (3. 5) 28 [29].

[10] Etwas anders Wlassak, z. Gesch. d. NG (1879) 119: „quod N^s N^s tutor negotia A^i A^i pupilli gessit", unter Berufung auf das (itp.) fr. 1 pr. (27. 5). Gegen ihn Pernice, SZ 19, 168[1], Peters, SZ 32, 189[2], Levy, SZ 37, 15[3]. Gegen den cessans geht eine utilis actio — (26. 7) 5 § 3, 39 § 11, (27. 1) 37 § 1, (46. 6) 4 § 3, C. (5. 55) —, vielleicht mit einer demonstratio „quod N^s N^s, cum A^i A^i tutor esset, tutelam (oder negotia) eius non gessit", keinesfalls, wie in der 1. Aufl. vermutet, „quod periculo suo cessauit", vgl. Brinz, SZ 4, 175.

[11] Cic. de off. III, 17 § 70, Gai. IV, 62.

[12] Studien zur NG (Heidelb. Sitzungsber. 1913) 47f. Zustimmend Solazzi, Cur. impub. 105.

[13] Iud. b. f. 86f.

der auch dies sog. iudicium contrarium verwirft. Ich kann mich diesen Schriftstellern nicht anschließen. Sicherlich ist der Titel (27. 4) besonders stark mit Interpolationen durchsetzt, die zum Teil auf das Bestreben zurückgehen, die contraria tutelae actio auch auf die Fälle der cura und der Protutel zu erstrecken, zum Teil, wie insbesondere fr. 1 pr. (27. 4), paraphrastische Erweiterung des Urtexts, zum Teil noch auf andere Weise zu erklären sind. Aber die Tatsache dieser Interpolationen berechtigt m. E. nicht zu dem positiven Schluß, daß die Konträrformel von den Leuten Justinians erfunden sei. Eine eingehende Erörterung der zahlreichen in Betracht zu ziehenden Texte ist an dieser Stelle unmöglich. Für die Existenz einer und zwar einer gesonderten Konträrformel sprechen m. E. u. a. namentlich fr. 1 § 7 (27. 4) „tutelae contrarium iudicium esse ei[1] opinor" und C. (5. 44) 2 § 1, wo nicht mit Partsch[2] die ganz korrekte Erwähnung des contrarium iudicium, sondern der inkorrekte Passus aut . . . aut zu streichen ist.[3] Die Formel wird, wie oben geschehen, in ius konzipiert zu denken sein. Die in EP² geäußerte Vermutung, daß daneben auch eine formula in factum concepta proponiert gewesen sei, findet in dem verdächtigen Eingang von (27. 4) 1 pr.[4] keine ausreichende Stütze.[5]

Edikte über die actio tutelae sind nicht nachweisbar.[6] Die verschiedenen Modifikationen, die die Formel der directa in ihrer Richtung gegen Gewalthaber oder Erben des Tutors erlitt, können, da im Album nicht proponiert, hier außer Betracht bleiben.[7]

Eine besondere Formel für die actio aus der cura war im Album nicht proponiert.[8] Vielmehr wurde hier, wie wir aus zahlreichen Quellenzeugnissen wissen, die actio negotiorum gestorum gewährt.[9] Allerdings finden wir neben den Stellen, die die actio aus der cura schlechtweg als actio negotiorum gestorum bezeichnen, andere, in denen sie teils als utilis negotiorum gestorum actio[10] teils als curationis iudicium[11] oder utilis curationis causa actio[12] teils als utilis actio[13] ohne Beisatz figuriert. Allein in

[1] Die von Biondi, a. a. O. 28, vermißte Beziehung des „ei" ergibt sich eindeutig aus fr. 1 § 6.

[2] a. a. O. 61[1].

[3] Die itp. Texte D. (44. 7) 5 § 1 und I. (3. 27) § 2 lasse ich absichtlich außer Betracht.

[4] Beseler III, 37.

[5] Ebensowenig in C. (8. 35) 3, wo es zum mindesten zweifelhaft ist, welche actio mit der proposita actio gemeint ist (vgl. Biondi, a. a. O. 20), und in gewissen scheinbar formelmäßigen Wendungen, die in EP² 309² angeführt sind.

[6] Wlassak, a. a. O. 119f.

[7] Rudorff, EP § 130 n. 2. 5. 6. Zweifellos unrichtig ist übrigens die intentio, womit R. die actio in heredem defuncti nomine versieht: *quidquid ob eam rem Titium dare oporteret, si in uiuis esset.* Vielmehr lautete die intentio, einerlei ob der Erbe suo oder defuncti nomine belangt wurde, einfach auf den Namen des Erben.

[8] Arg. (27. 5) 1 § 7.

[9] (3. 5) 3 § 5, (26. 7) 5 § 6, (27. 3) 4 § 3, 13 i. f., (27. 10) 7 § 2, C. (2. 30 [31]) 1, (4. 26) 1. Vgl. dazu Wlassak, a. a. O. 86f.

[10] C. (2. 18 [19]) 17, (5. 51) 7, (5. 37) 26 § 1.

[11] (26. 8) 11.

[12] Rubr. D. (27. 3): de tutelae et . . . utili curationis causa actione.

[13] C. (5. 54) 2 — dazu Wlassak, a. a. O. 95 n. 21 —, rubr. D. (27. 4), (27. 9) 10, (15. 1) 9 § 4, letztere Stellen von Wlassak a. a. O. übersehen.

allen diesen Stellen haben wir, wie Alibrandi nachgewiesen hat,[1] Interpolationen vor uns. Es geht dies, abgesehen von den besondern Verdachtsgründen, die sich bei jeder einzelnen von ihnen geltend machen, schlagend aus dem schol. des Thalelaeus zu c. 18 (2. 18) (suppl. Basil. p. 158) hervor: hier wird uns ausdrücklich mitgeteilt, der alte Text der Konstitution habe den Geschäftsführer als curator bezeichnet und gegen ihn die directa negotiorum actio gewährt, die Erwähnung des curator sei aber gestrichen worden, ἵνα μηδὲν ᾖ τὸ ἀντικείμενον (ut nihil contrarium esset).[2] Wenn es hiernach feststeht, daß die actio aus der cura die gewöhnliche actio negotiorum gestorum ist, dürfte doch die Vermutung nicht unbegründet sein, daß in der Formel die Eigenschaft der Partei als curator im einzelnen Fall irgendwie bezeichnet wurde: dafür sprachen entschieden Zweckmäßigkeitsgründe.[3]

§ 125. RATIONIBUS DISTRAHENDIS

Ulp. 36.[4]

Die Formel der actio rationibus distrahendis[5] ist uns unbekannt, ihre Rekonstruktion durch Rudorff (EP § 131) haltlos. Nach dem altzivilen Ursprung der actio ist intentio in ius concepta anzunehmen, nach dem auffallenden Namen kaum zu bezweifeln, daß die Aufgabe des Judex, die Rechnungen zu prüfen, in ihr zum Ausdruck kam. Ferner ist nach fr. 1 § 19 (27. 3) zu vermuten, daß die actio nur gegen den tutor legitimus zustand[6] und dies in der Formel irgendwie zum Ausdruck kam, und nach fr. 1 § 23 eod., daß das zugrundeliegende Delikt, mag man dabei nur an Unterschlagungen denken oder mit Levy[7] einen weiteren Begriff unterstellen, mit dem Wort captum bezeichnet war. Endlich muß die Formel so gefaßt gewesen sein, daß in irgendeiner Richtung eine plus petitio möglich war,[8] woraus aber noch keineswegs eine intentio certa oder gar eine intentio in factum concepta (so Rudorff l. c.) folgt.

[1] Bull. 2, 151 ff. (opere I, 583 f.).

[2] Anders freilich K. E. Zachariä, SZ 8, 218 f. Gegen ihn Partsch, a. a. O. 68[6]. Gegen Partschs eigene Ansicht (a° n. g. utilis bei cura furiosi und prodigi, directa bei cura minoris Lenel, SZ 35, 203 f. Vgl. auch die vorjustinian. Schrift de actionibus § 28 (SZ 14, 92), auf welches Zeugnis Ferrini, I.L. 26, 718[1] aufmerksam machte. Schwierigkeiten bereitet C. (5. 51) 3: hier wird die actio gegen den curator als tutelae iudicium bezeichnet, was mit allen sonstigen Nachrichten unvereinbar ist (dazu Lenel, a. a. O. 165 f.). Das in dem itp. fr. 1 § 2 (27. 4) erwähnte contrarium iudicium ist das iud. n. g. Ob es im Original als solches bezeichnet (so als wahrscheinlich EP[2]) oder nur vorausgesetzt war (so Peters, SZ 32, 243[3]), kann hier dahingestellt bleiben.

[3] So die 1. Aufl., vgl. auch Alibrandi, l. c. 162. A. M. wohl Wlassak, a. a. O. 95 f.

[4] (27. 3) 1 § 19-ult.

[5] Vgl. über dieselbe noch Paul. fr. 2 eod., Tryphon. (26. 7) 55 § 1, Paul. sent. II, 30 § 1. Über den Namen Rudorff, R. d. Vmdsch. III, 2 f., Voigt, XII Taf. II, 564 n. 8, und besonders die guten Ausführungen Karlowas, RG II, 280.

[6] Vgl. Solazzi, I.L. 56, 178 f., wo Näheres über die Itp. der S elle. Anders EP[2].

[7] Konkurrenz I, 110 f.

[8] Cic. de orat. I, 36, 166. 167. Worin die hier erwähnte plus petitio (plus lege agendo petebat quam quantum lex in XII tabulis permiserat) lag, wissen wir nicht. Unterstellen wir, daß in den Kondemnationsbedingungen der actio r. d. das dem Mündel dolos entzogene Objekt angegeben werden mußte, so liegt die Annahme nahe, daß der Kläger, in

§ 126. [DE EO QUI PRO TUTORE NEGOTIA GESSIT][1]

Ulp. 36,[2] Paul. 38?[3]

Der Fall der sog. Protutel wurde von Ulpian und Paulus in ihren Kommentaren zum Titel de tutelis berührt (s. n. 2 u. 3), von ersterem wohl auch näher erörtert. Eine besondere actio protutelae aber war im Album nicht proponiert, — dies hat m. E. Peters (SZ 32, 243 f.) gegenüber der herrschenden Ansicht, der ich in EP² noch folgte, überzeugend nachgewiesen. Vielmehr fand im Fall der Protutel die actio neg. gest. statt,[4] und Zweifel können nur darüber bestehen, ob als directa oder als utilis.[5] Nimmt man letzteres an, wofür gute Gründe sprechen, so wäre etwa an folgende Formulierung zu denken: Quod Nˢ Nˢ pro tutore Aⁱ Aⁱ negotia gessit, quidquid, si tutor fuisset, . . . oporteret ex f. b.[6] Auf diese Fassung könnte in Paul. sent. I, 4 § 8 mit den Worten „actione n. g. *pro tutore* tenebitur" angespielt sein, wo dann kein ausreichender Grund wäre, die kursiv gedruckten Worte mit Partsch[7] zu streichen. Die Sonderbezeichnung actio protutelae aber ist byzantinischen Ursprungs.

§ 127. DE MAGISTRATIBUS CONUENIENDIS[8]

Ulp. 36,[9] Iulian. 21.[10]

Die Formel der actio subsidiaria[11] läßt sich nicht zuverlässig rekonstruieren. Sicher ist, daß sie nicht eine auf die Person des Magistrats gestellte ciuilis intentio hatte — arg. fr. 7 h. t. —, und daß ihre Subsidiarität in der Formel nicht zum Ausdruck kam, sondern durch causae cognitio in iure gewahrt wurde.[12] Das Wahrscheinlichste ist mir, daß eine intentio in factum concepta die Normalfälle der Haftung[13] zusammenfaßte. Eine auf

irriger Auslegung des Worts „captum", noch andere, nicht unterschlagene Objekte (z. B. fahrlässig vergeudete Gelder) in seine legis actio aufnehmen wollte. Vgl. dazu Gai. IV, 60. Ähnlich Hartmann-Ubbelohde, Ordo iudic. 452 n. 40ᵃ. Andere Vermutungen in der 1. Aufl. und bei Karlowa, RG II, 281. Gegen Huvelin, mél. Gérardin 319 f. vgl. Girard, SZ 29, 128².

[1] D. (27. 5), C. (5. 45).

[2] h. t. 1.

[3] (46. 3) 28.

[4] Vgl. besonders Paul. sent. I, 4 § 8, D. (3. 5) 30 § 5, C. (5. 28) 1, (5. 34) 4.

[5] Für ersteres Peters, für letzteres Partsch, St. zur NG 62 f., und Solazzi, Quod falso tut. (1924) 18 f.

[6] Entsprechend auch die Konträrformel.

[7] a. a. O. 65; s. auch ihn selbst 65 unt.

[8] D. (27. 8), C. (5. 75).

[9] h. t. 1, (26. 5) 3.

[10] h. t. 3, 5.

[11] Sie war proponiert: dies zeigt die Ausdrucksweise Ulpians, vgl. z. B. fr. 1 pr. (utilis actio in ordinem!), fr. 1 § 1 (hac actione tenebitur!) h. t. Die Klassizität der Bezeichnung „actio subsidiaria" wird mit Unrecht bestritten von Brugi, mél. Girard I, 143 f. Gegen ihn zutreffend Albertario, dell' a° subsid. (1912) 3¹, Levy, Privatstr. 41⁴.

[12] Vgl. Ulp. disp. fr. Argent. § 11: eamque actionem causa cognita in eos dandam. Anders EP¹.

[13] Datio (fr. 1 § 2) und nominatio (fr. 1 § 3) eines tutor minus idoneus (fr. 1 § 10) und Unterlassung der Sorge für gehörige Kaution (fr. 1 § 11 ff.). Die Erörterung Ulpians in fr. 1 § 4–9 h. t. scheint mir, soweit echt, wissenschaftliche Ergänzung der Formel zu enthalten, die sich an das etwaige „s. p. Nᵐ Nᵐ A° A° tutorem minus idoneum de-

die Person des Tutors gestellte ciuilis intentio — so Rudorff, EP § 133, — ist nicht nur unwahrscheinlich, sondern unmöglich, da ja bei Erhebung der actio subsidiaria die Obligation des Tutors regelmäßig oder doch sehr häufig bereits durch prozessuale Konsumtion erloschen war. Auch würde eine solche Formel auf den Fall „si magistratus tutorem [uel curatorem] omnino non dedit" nicht anwendbar gewesen sein, während fr. 1 § 6 h. t., wo dieser Fall behandelt ist, nicht die leiseste Andeutung einer von der gewöhnlichen wesentlich abweichenden Formulierung enthält.[1] Fr. 9 i. f. h. t. aber:

. . . eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores,

worauf sich Rudorff für seine Fassung beruft, will, wenn ganz echt, nicht die doch keinesfalls durchgängige Gleichheit der Formulierung, sondern die der materiellen Rechtsgrundsätze betonen.[2]

Tit. XXIII

DE FURTIS[3]

§ 128–139

Ulp. 37. 38, Paul. 39, Gai. 13, Iulian. 22.

Unter dem Titel de furtis sind folgende Edikte und Formeln teils nachweisbar, teils sicher zu vermuten:

1. Formel der actio furti nec manifesti, Gai. III, 190:
   . . . nec manifesti furti poena per legem (*XII*) tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat.

Dazu Noxalformel, vgl. Ulp. 18 (9. 4) 2 § 1.

2. Formel (und Noxalformel?) der actio furti concepti, Gai. III, 186. 191: Concepti . . . poena ex lege XII tabularum tripli es*t*, *ea*qu*e* similiter a praetore ser*u*atur.

Vgl. noch Paul. sent. II, 31 § 3. 5. 22. Gell. N. A. XI, 18 § 12.

3. Formel (und Noxalformel?) der actio furti oblati, Gai. III, 187. 191:
   . . . oblati poena ex lege XII tabularum tripli es*t*, *ea*qu*e* similiter a praetore ser*u*atur.

Vgl. Paul. sent. II, 31 § 3. 5. 14. Gell. N. A. XI, 18 § 12.

4. Formel der actio de tigno iuncto.
5. Formel und Noxalformel (nebst Edikt?) wegen furtum manifestum,

disse" (oder ähnl.) angeschlossen haben mag. Wegen der Normalfälle vgl. noch c. 3, 5 h. t. In fr. 2 § 5 (50. 1) ist auch noch der Fall des „tutorem non dedisse" mitgenannt.

[1] Eine solche nimmt Rudorff l. c. an.

[2] So auch Levy, a. a. O. 42.

[3] Ulp. (50. 16) 195 § 3: sub titulo de furtis. Tryph. (40. 4) 59 § 1: edicto de furtis. D. (47. 2), C. (6. 2).

Gai. III, 189:

. . . tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.

6. Formel der actio furti prohibiti (nebst Noxalformel und Edikt?), Gai. III, 188. 192:

Prohibiti actio quadrupli est ex *edicto*[1] praetoris *in*troducta.

7. Formel (Noxalformel? Edikt?) der actio furti non exhibiti, I. (4. 1) § 4:

Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti aduersus eum, qui furtiuam rem apud se quaesitam et inuentam non exhibuit.

8. Edikt Si is qui testamento liber esse iussus nebst Formel.
9. Edikt und Formel Furti aduersus nautas caupones stabularios.
10. Edikt und Formel Si familia furtum fecisse dicetur.
11. Edikt und Formel Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur.
12. Formel (und Edikt?) der actio arborum furtim caesarum. —

Unter den hier verzeichneten Ediktbestandteilen ist bei Nr. 2. 3. 6. 7 jeder Versuch der Wiederherstellung von vornherein hoffnungslos, da die hierher gehörigen Stücke der Kommentare in die Kompilation nicht übergegangen sind,[2] dem Rekonstruktionsversuch also jegliche Basis fehlt. Die übrigen Formeln und Edikte sollen im folgenden näher erörtert werden.

Hinsichtlich der Ordnung der Materien folge ich Ulpians Kommentar[3] und den Digesten. Aus jenem ist zu ersehen, daß — wenigstens im Kommentar — die actio furti nec manifesti der actio furti manifesti vorging und nicht umgekehrt (wie bei Rudorff).[4] Alle bei Ulp. 37 in Betracht gezogenen Fälle des furtum sind oder können solche des nec manifestum sein, während umgekehrt Ulp. 38 h. t. 53 [52 i. f.] nach richtiger Lesart[5] einer Untersuchung über das furtum manifestum angehört. Damit stimmt, daß nach Ulp. 37 eod. 50 pr., 52 § 26 die in lib. 37 behandelte actio die auf das Doppelte und nicht die auf das Vierfache war,[6] und diese Voranstellung der Zivilklage entspricht ja nur der allgemeinen Regel, wenn nicht des Edikts, so doch des Ulpianschen Kommentars. Dieser Regel gemäß finden wir neben der actio furti nec manifesti bei Ulp. 37 weiter noch die actio ciuilis de tigno iuncto und wahrscheinlich auch die actio furti concepti,[7]

[1] Problematisch Kniep, Gai. inst. III², 445.

[2] Nur Ulp. 37 (22. 5) 12 dürfte mit ziemlicher Sicherheit auf die actio furti concepti zu beziehen sein. Erwähnt ist diese noch in C. (2. 11) 8, vgl. schol. in Bas. XXI, 3, 7 (Heimb. II, 455).

[3] Die andern Kommentare geben keinen Anhalt, da in ihnen das furtum nur je ein Buch einnimmt.

[4] Wie Rudorff auch Karlowa, RG II, 1322f., aus ganz ungenügenden Gründen.

[5] Non furti manifesti, statt: furti non manifesti.

[6] Im Eingang des fr. 50 pr. heißt es freilich „quadruplabitur uel duplabitur", nachher aber gleich bloß einfach, „eius duplum", woraus sich ergibt, daß die Erwähnung des quadruplum nur eine gelegentliche, oder wahrscheinlicher eine Interpolation ist.

[7] S. n. 2. Die Annahme P. Krügers, SZ 5, 222, u. and., die actiones furti con-

während die lange Reihe der in den Digesten überlieferten prätorischen Aktionen aus furtum durchaus bei Ulp. 38 erörtert ist.

1. (§ 128.) *FURTI NEC MANIFESTI*

Ulp. 37,[1] Paul. 39,[2] Gai. 13,[3] Iulian. 22.[4]

Wichtigstes Hilfsmittel für die Rekonstruktion der actio furti nec manifesti ist die bei Gai. IV, 37 mitgeteilte fiktizische Formel wider den fur peregrinus, die in nachstehender verstümmelter Form erhalten ist:

> IUDEX ESTO. SI PARET CONSILIOUE DIONIS *H*ERM*A*EI FILI*I*[5] FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIUIS ROMANUS ESSET, P*RO* FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET *et rel.*

Daß wir es nämlich hier in der Tat mit einer fiktizischen actio furti nec manifesti und nur nec manifesti zu tun haben, ist ganz unzweifelhaft,[6] schon wegen der intentio, die nur zur actio legitima paßt, ferner aber auch, weil in dem Bruchstück als Beklagter der erscheint, cuius (ope) consilio furtum factum est, Worte, die bei Ulp. 37 kommentiert sind und ihrer Bedeutung nach jede Beziehung auf furtum manifestum ausschließen.[7]

Die Gaianische Formel bedarf nun aber dringend der Verbesserung und Ergänzung. Vor consilio hat bestimmt ope gestanden: die Worte ope consilio sind als formulare sicher bezeugt.[8] Ebendeshalb ist auch das ue hinter consilio nicht zu halten[9] (vielleicht übrigens schon auf Nachlässigkeit des zitierenden Schriftstellers selbst zurückzuführen). Sofort erhebt sich weiter die Frage, ob die so hergestellten Worte „s. p. ope consilio N^i^ N^i^ furtum factum esse paterae aureae" den vollen formelmäßigen Tatbestand

cepti und oblati seien prätorisch gewesen, scheint mir durch den Bericht des Gaius, der ja doch die Formeln kannte, ausgeschlossen. Demgegenüber können Schlußfolgerungen aus Gell. XI, 18, 12ff., einem, wenn auch aus juristischer Quelle geschöpften, doch von einem Nichtjuristen herrührenden Berichte, nicht aufkommen. Vgl. auch Hitzig, SZ 23, 329, de Visscher, Tijdschr. 1925, 255. A. M. Huvelin, ét. sur le furt. 53f.

[1] h. t. 50, 52, (48. 8) 9, (50. 16) 192. Noxalklage: (9. 4) 8, 36, 38, 42, (11. 1) 16, (16. 1) 26.

[2] Da Paulus actio furti nec. manif. und manif im gleichen Buch behandelt, so ist die Beziehung der erhaltenen Fragmente nur insoweit sicher nachzuweisen, als deren Inhalt dies ermöglicht. Fr. 9 (9. 4) kann zu unserer actio (duplum!), aber auch zu dem Edikt des § 137 gehören (Levy, Konk. I, 340f.). — Die übrigen Stellen verlangen oder dulden keine bestimmte Beziehung auf eine der beiden Aktionen: (13. 1) 11, 13, (40. 1) 3, h. t. 1, 54 [53].

[3] Auch hier gilt das n. 2 Gesagte; h. t. 2, 8, 51, 55 [54], (9. 4) 13.

[4] Scheidung der beiden genera furtorum ist auch hier nicht möglich. (13. 1) 14, h. t. 57 [56], cit. (13. 1) 10 § 1, h. t. 14 § 4, 23, 52 § 16, auch wohl (6. 2) 7 § 1 und h. t. 14 § 1, wo gewiß nur aus Versehen Iulian. 23 zitiert ist. Noxalis: (9. 4) 16, 40, cit. eod. 38 § 1.

[5] *C. Ver.*: Dihoniser. mei filio.

[6] A. M. gleichwohl Rudorff, EP § 134, RG II, 353. Gegen ihn: Eisele, die mater. Grdl. der Exc. (1871) 145f.

[7] Das liegt auf der Hand, ist aber überdies in fr. 34 h. t. ausdrücklich gesagt: Is, qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est.

[8] Ulp. 37 h. t. 50 § 1-3. Ferner: (9. 2) 27 § 21, (11. 3) 11 § 2, (13. 1) 6, h. t. 36 pr., 91 (90) § 1, (47. 5) 1 pr., (50. 16) 53 § 2. Prob. Einsidl. 19: O. C. = *ope* consilio.

[9] Vgl. namentlich (50. 16) 53 § 2.

des furtum nec manifestum enthalten, ob sie nicht vielmehr lediglich den Tatbestand der Beihilfe und Anstiftung zum furtum begreifen, derart also, daß entweder noch eine zweite gegen den Täter selbst gerichtete Formel anzunehmen wäre, oder aber daß zwischen si paret und ope consilio noch Worte gestanden haben müßten, die der Formel die Richtung auch gegen den eigentlichen fur selbst gaben. Ganz entschieden gegen die Ergänzungsbedürftigkeit der Formel hat sich in einer ausführlichen Abhandlung Cohn[1] ausgesprochen, und ihm sind Mommsen,[2] Huvelin und Girard[3] beigetreten. Mir scheint diese Ergänzungsbedürftigkeit unzweifelhaft. Die Worte „ope consilio Titii furtum factum est" können unmöglich mit Cohn[4] auch auf den Täter bezogen, nämlich dahin verstanden werden, „daß eine der Folge bewußte (consilio) Handlung des Titius (ope) eine in Kontrektation bestehende Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung zur Folge gehabt hat". Vielmehr wird die ausschließliche Beziehung des ope consilio auf den Helfer und Anstifter durch eine Reihe klar redender und unverdächtiger Quellenzeugnisse so sicher bewiesen, wie nur irgendeine historische Tatsache bewiesen werden kann. Hierher gehört vor allem Gai. III, 202, wo derjenige, cuius ope consilio furtum factum est, als Helfer und Anstifter dem eigentlichen fur in einer Weise entgegengesetzt wird, die jeden Gedanken daran ausschließt, daß jene Worte auch zur Bezeichnung des letztern gedient haben könnten:

> Interdum furti tenetur *qui* ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est . . .,

Worte, die in § 11 I. (4. 1) mit einer unbedeutenden Veränderung (ope et consilio) wiederholt sind. Ganz denselben Charakter tragen weiter folgende Stellen, von denen m. E. jede für sich allein genügen würde, Cohns Ansicht zu widerlegen: Ulp. h. t. 50 § 1–3, auch 23, (13. 1) 6, Paul. (25. 2) 21 § 1, h. t. 34, sent. II, 31 § 10, V, 4 § 20, Pompon. (15. 1) 4 § 4, auch h. t. 36 § 2, Iavol. h. t. 91 (90) § 1, Diocl. et Max. C. (3. 41) 5. Die Versuche Cohns, einen Teil dieses erdrückenden Beweismaterials zu beseitigen — zum Teil ist es von ihm übersehen —, sind m. E. in hohem Grad bedenklich. Der Text bei Gai. III, 202 ist nach ihm[5] korrumpiert oder gar bloß ein Glossem. Das Vorkommen desselben Satzes in den Justinianischen Institutionen wird durch Übertragung aus den Gaiushandschriften erklärt und daneben wahlweise der Annahme Raum gelassen, daß das Glossem von den Redaktoren der Justinianischen Institutionen zuerst gebracht und hernach erst in den Gaius eingedrungen sei! F. 36 § 2 und fr. 50 § 1–3 h. t. sind ebenfalls korrumpiert:[6]

[1] Beiträge z. Bearb. d. röm. R., Heft II (1880) 1–40. Vorgänger Cohns, immerhin zweifelnd, ist Pernice, Labeo II (1. Aufl.) 65, schwerlich aber der von C. ebenfalls angeführte Keller, CP n. 220 („oder a te").

[2] Strafrecht, 745 n. 2.

[3] Huvelin, ét. s. l. furt. I (1915), 387 ff., Girard, mél. II (1923), 302[2]. Ich kann nicht finden, daß die im Text angef. Argumente durch sie widerlegt sind.

[4] a. a. O. 9.

[5] a. a. O. 31 f. Anders Huvelin, a. a. O. 394 f., der das Argument aus der Stelle ohne Erfolg zu entkräften versucht.

[6] Unter den philologischen Bedenken Cohns gegen den Text in fr. 50 § 3 figuriert

Justinian nämlich habe die Worte ope consilio wirklich in dem von Cohn verworfenen engern Sinne verstanden und darum die abweichenden Äußerungen der klassischen Juristen durch Interpolation mit seiner Auffassung in Übereinstimmung gebracht. Fragt man, wie denn ein solches Mißverständnis auf seiten Justinians möglich gewesen, so werden wir[1] auf einige Pandektenstellen verwiesen, die das Mißverständnis nahelegen sollen, auf die zu Justinians Zeit angeblich veränderte Bedeutung des Wortes ope u. dgl. m., Argumente, die, wenn sie überhaupt irgendwelches Gewicht hätten, vor der einfachen Tatsache zusammenfallen würden, daß den Justinianischen Redaktoren die Ediktkommentare unverstümmelt vorlagen: diese mußten, wenn wirklich die actio furti des Täters nicht gesondert gedachte, jede Möglichkeit einer derartigen Irrung ausschließen. Aber weiter: wie verträgt sich die Annahme eines Mißverständnisses mit derjenigen absichtlicher Interpolation? Dieser handgreifliche Widerspruch ist auch Cohn nicht entgangen, und so läßt er uns schließlich[2] die Wahl, ob wir nicht lieber annehmen wollen, Justinian sei sich des angeblich klassischen Verständnisses der Worte ope consilio ganz wohl bewußt gewesen, habe ihnen aber, weil der Sprachgebrauch seiner Zeit es nicht mehr, wie ehedem, erlaubte, das Wort ope auch auf den Täter zu beziehen, den engern Sinn gegeben, den seine Zeit mit den Worten verband, und demgemäß die klassischen Schriftsteller interpoliert. Für diese angebliche Veränderung des Sprachgebrauchs von der klassischen Zeit bis auf Justinian wird aber auch nicht der Schatten eines Beweises erbracht, und es wird nicht bedacht, daß die klassischen Juristen bis auf Justinian das Fundament der juristischen Bildung geblieben sind, so daß eine solche Veränderung des technisch-juristischen Sprachgebrauchs einfach unmöglich ist.[3]

Und welcherlei Art sind nun die Gründe, die Cohn bewegen, die klarsten, direktesten Quellenzeugnisse so auf die Seite zu schieben? Da ist zunächst fr. 53 § 2 (50. 16), welche Stelle beweise, „daß das Wort consilium in unserer Formel nicht in dem Sinn von Teilnahme zu verstehen ist, da der bezügliche Tatbestand nicht als ein consilium dare, sondern als ein consilium habere bezeichnet wird".[4] Als ob die intellektuelle Teilnahme überall einzig nur in der Erteilung eines Rats bestehen könnte! Weiter werden in demselben Fragmente[5] die Worte urgiert:

aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit.

Es sei unmöglich, daß der bloße Teilnehmer, dem sonst die Qualität des

auch (a. a. O. 7), daß das daselbst gebrauchte Wort adiutorium „dem Wörterbuch der Zukunft entlehnt sei". Ich finde das Wort schon bei Asinius Pollio (Sueton. de grammat. c. 10) und in der silbernen Latinität mehrfach.

[1] a. a. O. 35 f.

[2] a. a. O. 36.

[3] Mommsen a. a. O. glaubt, die angebliche Urbedeutung der Worte sei schon zur Zeit der klassischen Juristen vergessen gewesen. Dergleichen scheint mir angesichts einer Formel, die die Worte gerade in dieser angeblichen Urbedeutung verwendet haben soll, unmöglich.

[4] a. a. O. 6.

[5] a. a. O. 29.

furtum faciens ausdrücklich abgesprochen werde, in dieser Weise bezeichnet werde. In der 1. Aufl. habe ich hierauf erwidert, dem Paulus und Labeo (dessen Worte jener zitiert) sei es an diesem Orte gar nicht auf technisch-genaue Ausdrucksweise angekommen; wie nahe liege die Umkehrung des formularen „ope consilio N[i] N[i] furtum factum esse" in ein „qui ope consilio furtum fecit", zumal da ja auch der bloße Teilnehmer „furti" tenetur![1] Aber sind es wirklich Paulus und Labeo, die hier reden? Es sprechen, wie Karlowa[2] und Pampaloni[3] gezeigt haben, gute Gründe[4] dafür, daß hier die Hand der Kompilatoren eingegriffen hat. Die Nachlässigkeit des Stils und das Unzusammenhängende des Gedankengangs lassen m. E. nur die Wahl zwischen dieser Annahme und der eines in den Text eingedrungenen Glossems. Als Hauptargument verwendet nun Cohn[5] freilich den oben angeführten Formeltext bei Gai. IV, 37, dessen Wortlaut es aufs bestimmteste bestätige, daß die Worte ope consilio auch auf den Täter Bezug haben, wofern man nicht zu Emendationen seine Zuflucht nehme. Allein, wenn in der Gaianischen Formel ganz unzweifelhaft zwischen den Worten si paret und consilioue durch Versehen des Abschreibers eine Lücke ist — das Wort ope (und gewiß auch der Name des Bestohlenen) muß jedenfalls eingeschoben werden —, so ist die Annahme, daß hier nicht bloß dies allein ausgefallen sei, sicherlich nicht gewagt, und man muß sich wohl besinnen, ehe man eine derart verdächtige Stelle als Hauptbeweis gegen eine Reihe klar redender Zeugnisse ausspielt. Zur Unterstützung seiner Meinung von der Vollständigkeit des Gaianischen Formeltexts führt C. noch die bekannte Stelle aus Cicero de nat. deor. III, 30 § 74 an, wo dieser, indem er den Mißbrauch der menschlichen Vernunft durch Beispiele belegt, gelegentlich die Legisaktionsformel „ope consilioque tuo furtum aio factum esse" zitiert. Da sei ja ebenfalls vom Täter keine Rede! Aber es erklärt sich leicht, warum Cicero gerade nur diese Formel und nicht gleichzeitig auch das in der legis actio vielleicht mit dieser gar nicht zu einer Formel verbundene „aio te furtum fecisse" zitierte: es war das Wort consilium, was ihn dazu veranlaßte, eben jenes Wort, das er vorher und nachher (eod. III, 28 § 71, III, 30 i. f.) neben ratio zur Bezeichnung der mißbrauchten Geisteskraft verwendet, daher ihm unsere Formel als eine Art offiziellen Dokuments für die Rolle der Vernunft beim Verbrechen ein besonders bequemes Zitat sein mußte. Ein weiteres Argument, das C. aus dem Text des Edikts über die actio furti aduersus nautas ziehen zu dürfen glaubt,[6] wird gelegentlich dieses Edikts seine Erledigung finden. Und wenn er[7] endlich den sonstigen Legalgebrauch der Worte ope consilio heranzieht, so erweist er damit gegen sich; die Worte ope consilio in den von ihm angeführten Stellen beziehen

[1] Vgl. auch Pernice, Labeo II (2. Aufl.), 108 n. 2. Huvelin, a. a. O. 300.

[2] RG II, 787.

[3] Studi sopra il del. di furto fasc. II (1900) 39 (studi Senesi XVI).

[4] Sie sind von Huvelin a. a. O. nur zum Teil entkräftet.

[5] a. a. O. 11 f.

[6] a. a. O. 14 f.

[7] a. a. O. 18 f.

sich ganz wie in der actio furti auf Beihilfe und intellektuelle Urheberschaft: in allen diesen Stellen[1] handelt es sich um Vergehen, die überhaupt gar nicht anders denkbar sind denn als Beihilfe oder intellektuelle Urheberschaft zur Tat anderer.[2]

Nach alledem darf es m. E. als gewiß betrachtet werden, daß die Worte ope consilio Ni Ni furtum factum esse den formelmäßigen Tatbestand des furtum **nicht** erschöpfen. Vielmehr war ohne Zweifel vor diesen Worten noch des Täters selbst gedacht,[3] etwa in der Weise:[4]

S. P. *Ao Ao A No No OPEUE*[5] CONSILIO Ni Ni FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE.[6]

Darauf folgten nach Gai. IV, 37 die Worte

QUAM OB REM Nm Nm PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTET,

Worte, die auf ein zwölftafelmäßiges[7] „damnum decidito" oder auch „pro fure d. d."[8] zurückgehen und uns bei den klassischen Juristen sehr oft begegnen.[9] In Ulpians Kommentar liegen sie fr. 52 § 26. 27 h. t. zugrunde.

Den Schluß der Formel bildete die bei Gaius nicht erhaltene condemnatio pecuniaria — Ulp. 37 h. t. 52 § 28. 29. Sie scheint gelautet zu haben:

quanti ea res fuit, cum furtum factum est,[10] *tantae pecuniae duplum iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*[11]

[1] Fr. 10 (48. 4): cuius ope consilio dolo malo prouincia uel ciuitas hostibus prodita est; vgl. fr. 1, 4 eod. Paul. sent. V, 29 § 1: cuius ope consilio ... arma mota sunt exercitusue ... in insidias deductus est. Fr. 15 (48. 5): cuius ope consilio dolo malo factum est, ut uir feminaue ... se redimerent.

[2] Das gilt namentlich auch von der Verwendung der Worte in dem von Huvelin 388 unt. angef. Plebiszit.

[3] Daher unterscheiden auch die Scholien 8 zu Basil. LX, 5, 44 und 5 zu Basil. LX, 5, 48 die Haftung ἐκ τοῦ ope consilioue von der Haftung des eigentlichen Täters.

[4] Pernice, Labeo II[1] (2. Aufl.) 108 n. 2 nimmt zwei Formeln an, eine gegen den fur, eine gegen den Teilnehmer gerichtet. Er meint, die Formel mit Doppelzweck sei nicht vereinbar mit Paul. II, 31 § 10, — ich vermag nicht zu erkennen, warum nicht. M. W. geben die Quellen nirgends einen Anhalt für die Annahme zweier Formeln, und insbesondere wäre nicht leicht zu verstehen, weshalb Gai. IV, 37 als Beispiel für die formula ficticia gerade die Formel wider den Teilnehmer und nicht die doch näher liegende wider den Täter selbst gewählt haben sollte.

[5] Etwas anders und, wie ich glaube, stilistisch härter: Goudsmit in seinen krit. Aanteekeningen 81. Nicht haltbar Kniep a. a. O. 464.

[6] Vgl. h. t. 19 pr.-§ 4, 52 § 25.

[7] C. h. t. 13: post decisionem furti leges agi prohibent.

[8] Vgl. Hitzig, SZ 23, 325 f. Ich vermute, daß das dem Kommentar zur Formel vorausgeschickte fr. 50 pr. h. t. bei Ulp. 37 an diesen Legaltext anknüpfte; auch Ulp. 37 (48. 8) 9 ist Kommentar zur lex. Voigt, XII Tafeln II, § 136 n. 8, bestreitet, daß die Worte „pro fure" in der gegen den Täter gerichteten Formel hätten stehen können, da pro fure „an Stelle des Diebs" bedeute. Die gegen ihn sprechenden Stellen beseitigt er durch willkürliche Textverbesserung (nach Haloander). Die richtige Deutung der Worte („als Dieb") bei Pernice, ZS 9, 236 n. 2.

[9] z. B. h. t. 46 § 5, 62 § 1. 2. 5, (4. 4) 9 § 2, (13. 1) 7 pr., (47. 6) 5.

[10] Vgl. h. t. 50 pr., (12. 3) 9. S. auch h. t. 46 § 1.

[11] Betti, aes ex resp. (atti Tor. 50) 39[1] und l'antitesi (aus riv. Ital. 56) 49, schachtelt das „q. e. r. fuit, tanti" schon in die intentio ein, gleich als ob die Vergleichsverpflichtung des Diebs nur in simplum gegangen wäre, und läßt darauf unbekümmert eine cond. in duplum folgen!

Ist aber die so gefaßte Formel ganz vollständig? Ich finde in folgenden zwei Stellen die Andeutung einer eigentümlichen taxatio, Ulp. 37[1] (50. 16) 192:

> Haec adiectio „plurisue" non infinitam pecuniam continet, sed modicam, ut taxatio haec „solidos decem plurisue" ad minutulam summam referatur.

Iauolen. (12. 3) 9:

> Cum furti agitur, iurare ita oportet „tanti rem fuisse, cum furtum factum sit", non adici „eo plurisue", quia quod res pluris est, utique tanti est.

Fragt man, wie diese taxatio näher zu denken, so muß man m. E. von der Idee, daß hier eine richterliche taxatio des Schätzungseids in Frage stehe,[2] ganz absehen. Vielmehr handelt es sich um folgendes. Der Kläger mußte seinem Gegner, um diesem das damnum decidere zu ermöglichen, eine scharf begrenzte Forderung stellen, die als taxatio in die Formel kam, aber nicht, wie ich in der 1. Aufl. annahm,[3] in deren condemnatio, sondern in die demonstratio. Der Kläger war hier zu vorsichtiger Schätzung gezwungen, wenn er sich nicht der Gefahr der plus petitio aussetzen wollte;[4] da er aber durch die Schätzung nicht gehindert werden sollte, den etwaigen Mehrwert im Prozeß geltend zu machen, so wurde in der Formel der Wertangabe ein plurisue beigefügt, also HS tot plurisue.[5] Die Bedeutung dieses Zusatzes wird von Ulpian in fr. 192 cit. erläutert, während Javolen in fr. 9 cit. ein dadurch nahegelegtes und praktisch wohl vorgekommenes Mißverständnis zurückweist. Die Richtigkeit der obigen Vermutung wird durch ein Scholion des Stephanus — in Basil. XXII, 6, 9 (Heimb. II, 583) — erhärtet, auf das Zachariä[6] aufmerksam gemacht hat; dort heißt es, Javolen spiele auf die alte Formel (*τὸν παλαιὸν τῶν φορμούλων τύπον*) an, die gelautet habe: *εἰ φαίνεται τὸ πρᾶγμα σ' νομισμάτων καὶ μικρῷ πλείονος.* Genau ist das ja freilich nicht, der Bericht aber doch so, daß er das Richtige erkennen läßt. Waren Geldstücke gestohlen, so bedurfte es natürlich keiner Abschätzung; war aber der Kläger der Anzahl nicht sicher, so konnte er in der demonstratio an Stelle des plurisue ein pluresue beisetzen, vgl. Ulp. h. t. 19 § 3:

> Signati argenti numerum debebit complecti, ueluti aureos[7] tot pluresue.

[1] Man beachte die Inskription.

[2] Cf. Cuiac. opp. VIII, 618. Wie soll der iudex dazu kommen, das Maximum so sonderbar unbestimmt zu bezeichnen, und warum gerade nur bei der actio furti?

[3] Ebenso Voigt, Ius nat. III, 450 n. 769, s. auch Hitzig, a. a. O. 326.

[4] Vgl. das im Text weiterhin angeführte Scholion: *ἧττον γὰρ ἔλεγε τῆς ἀληθινῆς ποσότητος ὁ ἄκτωρ διὰ τὸν κίνδυνον τῆς πλοὺς πετιτίονος.*

[5] Ganz anders Betti a. a. O. Er stellt das eo plurisue, das er seltsamerweise = eoue pluris setzt, in die intentio und läßt die Vergleichsverpflichtung des Beklagten auf tanti eoue pluris gehen! Dieser Rekonstruktion schreibt er ein solido fondamento in Javolen (12. 3) 9 zu.

[6] SZ 8, 208 f. Zachariä hat auch zuerst das plurisue richtig gedeutet.

[7] denarios *Ulp.?* vgl. Zachariä, a. a. O. 211 n. 1.

Die Noxalklage[1] war m. E., ganz wie die andern zivilen Noxalklagen (§ 75), auf *„quam ob rem Nm Nm aut pro fure damnum decidere aut Stichum seruum noxae dedere oportet“* gestellt.[2] Eine Anspielung auf diese intentio findet sich in Ulp. 37 (9. 4) 42 § 1:

> Si quis pro seruo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolui debet, quia desiit uerum esse propter eum dare oportere.

Das auffallende dare oportere ist wahrscheinlich durch die Kompilatoren an Stelle eines originalen damnum decidere oportere gesetzt worden. Sie wollten, als sie die Stelle in den Titel de nox. act. versetzten, ihre besondere Beziehung auf die actio furti nox. verwischen.[3] Wegen der formula interrogatoria — Ulp. 37 (11. 1) 16, (16. 1) 26 — verweise ich auf § 58.

4. (§ 131.) DE TIGNO IUNCTO[4]

Ulp. 37.[5]

Die Formel dieser actio legitima dürfte die größte Ähnlichkeit mit der der actio furti nec manifesti gehabt haben. Für entschieden formular halte ich die Worte *„tignum aedibus (uineis) iunxisse“*, arg. fr. 1 pr. § 1 h. t. Auch die Eigenschaft des tignum als furtiuum muß in der Formel hervorgetreten sein, und zwar nach fr. 1 pr., 2 h. t. sehr wahrscheinlich in der Weise, daß das tignum ausdrücklich als „furtiuum“ oder „quod Ao Ao furto abest“ bezeichnet war.[6] In der 1. Aufl. glaubte ich letzteres in Zweifel ziehen zu müssen, mit Rücksicht auf fr. 63 (24. 1). Denn nach dem überlieferten Text dieser Stelle würde Paulus einen Irrtum des Neratius rügen, der bei einer Formel des vorausgesetzten Wortlauts schlechterdings undenkbar gewesen wäre.[7] Ich vermutete daher, daß die Formel nur indirekt durch ein „quam ob rem Nm Nm pro fure d. d. o.“ auf das Erfordernis der Furtivität hingedeutet habe. Niemandem wird das Gezwungene dieser Auskunft entgehen. Im édit. perp. suchte ich das in fr. 63 cit. liegende Bedenken dadurch zu beseitigen, daß ich mich einer von Riccobono[8] aufgestellten Vermutung anschloß, wonach die anstößigen Worte „quia nulla actio est ex lege XII tabularum, quamuis . . . coniuncta essent“ als ein in den Text eingedrungenes Glossem zu betrachten wären. Auch diese

[1] Paul. h. t. 42 pr.: uolgaris formula . . ., ut adiciatur . . . „aut noxae dedere[t]“. Rudorff, EP § 134 n. 8 bezieht diese Worte auf die gewöhnliche formula furti: es ist aber vielmehr die actio furti aduersus nautas (§ 136) gemeint.

[2] Eine besondere Formel für den Fall „si seruus sciente domino fecerit“ war nicht proponiert. Arg. Ulp. 18 (9. 4) 2 § 1. Ganz anders als der Text Biondi, aes nox. 255. Gegen ihn Lenel, SZ 47, 1 ff.

[3] Anders die herrschende Meinung seit Keller, ad. l. 32 de peculio (1822) 52. Noch anders EP[2] und Biondi, a. a. O. 233.

[4] D. (47. 3). R. Monier, le tignum iunctum (1922).

[5] h. t. 1.

[6] So auch Rudorff, EP § 137.

[7] Wenn die Formel das tignum ausdrücklich als furtiv bezeichnete, konnte Neratius nicht mit Bezug auf *sie* schreiben: quamuis decemuiros non sit credibile usw.

[8] Arch. giur. 53, 521 f., 54, 265 f.

Auskunft vermag aber nicht recht zu befriedigen. So gewiß die fraglichen Worte weder sachlich noch stilistisch in ihren jetzigen Zusammenhang passen, so gewiß haben wenigstens die Worte „quamuis . . . coniunctae (coniectae *scr.?*) essent" durchaus klassisches Gepräge,[1] so daß es mir gewagt erscheint, sie ohne weiteres dem Klassiker abzusprechen. In der 2. Aufl. stellte ich daher die Vermutung auf, daß im Originaltext Neratius actio, nämlich die actio ad exhibendum, nicht gewährte, sondern versagte (agi *non* posse), weil die 12 Tafeln jede Klage auf Loslösung von tigna aedibus alienis iuncta ausschlössen,[2] möchten auch die Dezemvirn bei diesem Verbot nur an den Fall gedacht haben, wo die Verbindung ohne den Willen des dominus tignorum, nicht aber an den, wo sie mit dessen Willen stattgefunden habe. Die Note des Paulus aber, nahm ich an, sei durch ungeschickte Hände erweitert worden; der Passus sed in hoc . . . mulieri sei unecht; der echte Paulus habe nur hinzugefügt, es könne auch nicht die actio de tigno iuncto erhoben werden, — denn es fehle am Erfordernis der Furtivität.

Ich halte heute auch diese Vermutung für überaus problematisch;[3] sicher scheint mir nur, daß ohne weitgehende Textveränderung (verdächtig ist schon das dicendum est) diese crux nicht aus der Welt zu schaffen ist.[4] Die Begründung „quia nulla actio est" ist läppisch, und zwar nicht nur als Begründung des überlieferten agi posse, sondern, wie ich zugeben muß, auch als solche des von mir vorgeschlagenen agi non posse,[5] und die von mir beanstandeten Worte in der angeblichen Note des Paulus sind stilistisch und sachlich unerträglich.[6] Auf einen derart verdächtigen Text dürfen keine weiteren Folgerungen gegründet werden; entscheiden müssen die unverdächtigen Zeugnisse in fr. 1 pr. und 2 h. t., und diesen gegenüber kann es auch nichts verschlagen, daß eine Anzahl von Stellen, die unsere actio berühren, aber nicht ex professo behandeln, das Erfordernis der Furtivität mit Stillschweigen übergehen,[7] um so weniger, als auch diese Stellen sämtlich unter begründetem Interpolationsverdachte stehen.[8]

[1] Vgl. auch Haymann, Schenkung unter Auflage (1905) 34².

[2] Riccobono, bull. 20, 99. dal dir. rom. 450, meint, bei obiger Annahme erscheine der Passus „ut detractum alicuius usus esse possit" als durchaus überflüssig; dem ist nicht so: denn diese Worte begründen das Interesse der Frau an der Exhibition, trotz dessen Vorhandensein Neratius die actio ad exhib. hier nach obiger Vermutung versagen würde.

[3] Insbesondere der Passus „quamuis . . . essent" will zu ihr nicht passen.

[4] Es ist mir nicht verständlich, daß ein Kenner der Juristensprache wie Huvelin (ét. s. l. furtum 87 f.) ohne solche auskommen zu können glaubt.

[5] Vgl. Pampaloni, bull. 21, 218.

[6] Man beachte die Wendungen: „in hoc solum . . ., ut sola", „agi potest, ut uindicatio competat". Soll mit dem ganzen Satz die Zuständigkeit der actio ad exhibendum oder die der Vindikation ausgedrückt werden? Jede dieser Annahmen begegnet den stärksten Bedenken. Das ist doch wahrlich mehr als che lo stile lasci qualche cosa a desiderare (Pampaloni, l. c. 218 u.). Wie kann man einem Klassiker die Entscheidung zutrauen „agi potest, ut uindicatio competat"! Dies auch gegen Monier, a. a. O. 150.

[7] Vgl. I. (2. 1) 29, D. (6. 1) 23 § 6, (10. 4) 6, (41. 1) 7 § 10, (46. 3) 98 § 8.

[8] Beseler, Beitr. II, 17, Monier, a. a. O. 157 ff. S. auch Riccobono, dal dir. rom. 451¹.

Ohne jeden Anhalt in den Quellen ist es, wenn Pampaloni[1] zwei actiones de tigno iuncto annimmt, eine in quadruplum de tignis furtiuis und eine in duplum de tignis non furtiuis, auf welch letztere er die S. 331 n. 7 angeführten Stellen bezogen wissen will.

Die Formel unserer actio war selbstverständlich in ius konzipiert; Rudorffs formula in factum concepta (EP § 137) ist sicher unrichtig; speziell die Worte „scientem dolo malo" darin sind eine unbegründete Folgerung aus dem, was in fr. 1 § 1 i. f. h. t. von der actio ad exhibendum gesagt ist.

5. (§ 132.) *FURTI MANIFESTI*

Ulp. 38[2,3]

Die actio furti manifesti war als prätorische ohne Zweifel in factum konzipiert,[4] tat ausschließlich der Handlung des Täters Erwähnung[5] und ließ, wie die furti nec manifesti, die Möglichkeit des Vergleichs (bis zur litis contestatio) offen.[6] Die von Ulp. 38 (50. 16) 193 überlieferten Worte „QUANTI EAM REM PARET ESSE" werden schwerlich ihrer condemnatio angehören, da bei der actio furti manifesti enger Anschluß an die actio furti nec manifesti wahrscheinlich[7] ist, deren condemnatio, wie oben gezeigt, anders konzipiert war. Sie können irgendeiner andern der bei Ulp. 38 behandelten Aktionen zugehören. Für wortgetreue Rekonstruktion fehlt es hinsichtlich der ganzen Formel an Anhalt, namentlich auch hinsichtlich der Art, wie die Eigenschaft des fur als manifestus zum Ausdruck kam.[8]

[1] a. a. O. 211.

[2] (47. 2) 53 [52], schwerlich aber (50. 16) 193, — s. oben im Text. Die Erörterungen über die formula detracta noxae deditione — (11. 1) 17 —, über öffentliche Strafe des furtum — (47. 2) 93 — und die condictio furtiua — (13. 1) 6, 10, 12 — bilden einen Anhang zum eigentlichen Kommentar, einen Anhang, der sich auf alle Fälle des furtum bezieht.

[3] Wegen der andern Kommentatoren vgl. oben S. 324 n. 2–4.

[4] Über die irrige Annahme Rudorffs, die Formel bei Gai. IV, 37 sei die der actio furti manifesti, s. S. 324 n. 6. Mit obigem übereinstimmend: Eisele, die mat. Grundlage der Exceptio 145 f.

[5] Fr. 34 (47. 2): Is qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est: itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem, qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur. Hierdurch erledigt sich Rudorffs Bemerkung in EP § 134 n. 2, eine Bemerkung, die für die Zeit der Legisaktionen paßt (vgl. Bethmann-Hollweg, CP I, 171), für die des Formularverfahrens aber verfehlt ist.

[6] (4. 4) 9 § 2 i. f.

[7] Wahrscheinlich, nicht etwa gewiß: denn in fr. 50 pr. h. t. halte ich die Worte „quadruplabitur uel" für interpoliert und lege daher auch auf das Zeugnis des Stephan. in schol. 1 zu Basil. XXII, 6, 9 (Heimb. II, 582) kein Gewicht. Eher könnte man sich auf fr. 46 § 2 ict. § 1 h. t. berufen.

[8] Vermutung darüber bei de Visscher, RH 1922, 490[2].

8. (§ 135.) SI IS, QUI TESTAMENTO LIBER ESSE IUSSUS ERIT, POST MORTEM DOMINI ANTE ADITAM HEREDITATEM SUBRIPUISSE AUT CORRUPISSE QUID DICETUR[1]

Ulp. 38,[2] Paul. 39,[3] Gai. 13.[4]

Der Text dieses Edikts ist bei Ulp. 38 h. t. 1 pr. wohl fast wörtlich erhalten:

> Si dolo malo[5] eius, qui liber esse iussus erit,[6] post mortem domini ante aditam hereditatem[7] in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perueniret,[8] in eum intra annum utilem dupli iudicium datur.[9]

Die Formel, auf deren Rekonstruktion verzichtet werden muß, war zweifellos in factum konzipiert,[10] vielleicht in den Worten und Wendungen des Edikts, vielleicht aber auch je nach dem Tatbestand spezialisiert,[11] ersteres wohl wahrscheinlicher.

9. (§ 136.) FURTI ADUERSUS NAUTAS CAUPONES STABULARIOS[12]

Ulp. 38.[13]

In fr. 1 pr. h. t. berichtet angeblich Ulpian:[14]

> In eos, qui naues cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosue ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur, siue furtum ope consilio exercitoris factum sit siue eorum cuius, qui in ea naui nauigandi causa esset.

Offenbar kann obiger Satz, so wie er hier steht, nicht von Ulpians Hand herrühren. Zwar die erste Hälfte des Berichts, bis „iudicium datur", ist tadellos und enthält anscheinend wortgetreues Ediktreferat.[15] Um so ver-

[1] D. (47. 4). Karlowa, RG II, 1326 hält die Rubrik für Edikttext.

[2] h. t. 1, 3. Fr. 3 ist aus Versehen (das sich aus der Inskription des fr. 2 h. t. erklärt) Ulp. 13 inskribiert.

[3] (9. 2) 48.

[4] h. t. 2.

[5] Ulp. 38 h. t. 1 § 2.

[6] Ulp. 38 h. t. 1 § 3–7, h. t. 3.

[7] Ulp. 38 h. t. 1 § 8. 9 (cf. § 2).

[8] Ulp. 38 h. t. 1 § 10–14.

[9] Ulp. 38 h. t. 1 § 15–19 gibt Schlußerörterungen; fr. 1 § 15–17 handeln von der Frage der konkurrierenden Aktionen.

[10] Gegen Rudorffs Formel (EP § 138) ließe sich manches einwenden, z. B. gegen das ganz unmögliche „quae in bonis Titi tum fuit".

[11] Subripuisse? corrupisse? rubr. Dig., amouisse (fr. 2, 3 h. t.)? Vgl. auch fr. 27 § 1 (15. 1).

[12] D. (47. 5).

[13] Fr. un. h. t.

[14] Vgl. Paul. sent. II, 31 § 16. 18.

[15] Auch das von Mommsen und andern angezweifelte quosue ist echt und nicht durch quos zu ersetzen. Für die Echtheit spricht entscheidend, daß, da der Prätor die Teilnahme des exercitor berücksichtigt, doch wohl auch die Tat desselben erwähnt gewesen sein muß. Auch hatte es guten Sinn, wenn man dem Bestohlenen eine Formel gab, die ihm die Möglichkeit eröffnete, die Klage auf furtum des exercitor oder seiner Leute zu stützen. Wie oft war es in den von dem Edikt betroffenen Fällen gewiß, daß entweder der exercitor oder seine Leute das furtum begangen haben mußten, und doch nicht nachzuweisen, welcher einzelne es begangen hatte!

dächtiger ist die zweite Hälfte. Sie ist stilistisch verdächtig, weil schleppend und in der Konstruktion der ersten Hälfte ungleichartig — factum sit statt factum esse dicetur —; sie ist inhaltlich verdächtig, weil sie nicht alle drei Klassen von Gewerbetreibenden, die vorher genannt waren, sondern nur die Schiffer berücksichtigt. Diese zweite Hälfte ist also wahrscheinlich, ja sicher Fabrikat der Kompilatoren. Aber wie ist das Fabrikat entstanden? Reine Erfindung der Kompilatoren ist es nicht: das zeigt sich darin, daß die Worte nauigandi causa von Ulpian in fr. 1 § 1 h. t. erläutert werden.[1] Erwägt man nun, daß die Musterformel an erster Stelle auf die Schiffer abgestellt gewesen sein mußte, die ja auch im Edikt voranstehen,[2] daß diese Formel ohne Zweifel der actio furti nec manifesti nachgebildet war, daß diese letztere neben der Täterschaft auch die Teilnahme in Rücksicht zog, so wird es überaus wahrscheinlich, daß die Kompilatoren hier das zu enge gefaßte, nämlich bloß auf die Täterschaft reflektierende Edikt[3] aus der Formel ungeschickt ergänzt haben.[4] Die Formel würde hiernach einen vierfachen Tatbestand umfaßt haben: Täterschaft des exercitor oder seiner Leute, Teilnahme des exercitor oder seiner Leute; das alles aber würde sich sehr leicht in eine intentio

> S. p. A° A° a N° N° eorumue quo qui in ea naui . . . erant siue ope consilio N^i N^i eorumue cuius furtum factum esse paterae aureae

zusammenfassen lassen.

An zweiter Stelle ist vielleicht auch für die caupones eine Musterformel proponiert gewesen, vgl. fr. 1 § 6 h. t.:

> Caupo praestat factum eorum, „qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa“ [ibi] sunt, item eorum qui „habitandi causa“[5] ibi sunt.

War der Schuldige Sklave des exercitor, so stand letzterem — fr. 1 § 5 h. t. — noxae deditio frei, ohne Zweifel in kraft eines besondern Zusatzes im Edikt, — denn die in fr. 1 pr. referierten Ediktworte rechtfertigten an sich diese Einschränkung der Haftung nicht.[6]

[1] Vgl. auch fr. 1 § 2 (14. 1).

[2] In § 3 u. 4 ist, wie der Chiasmus zeigt, der caupo itp.

[3] Auch die beiden folgenden Edikte (§ 137. 138) nennen nur die Tat, nicht die Teilnahme.

[4] Ganz anders, m. E. unhaltbar: Cohn, Beiträge Heft II, 15f., Karlowa, RG II, 1322.

[5] Vgl. fr. 6 § 3 (4. 9).

[6] Auf die Art, wie in fr. 1 § 5 diese Einschränkung begründet wird, darf man sich für die Ediktmäßigkeit der actio noxalis freilich nicht berufen (anders EP²); denn diese Begründung ist Glossem oder Itp., vgl. Pampaloni, st. Sen. 17, 260 n. 29, Messina-Vitrano, note alle az. i. f. usw. (1909) 33. Dagegen kann ich mich, trotz Beseler, SZ 46, 113, nicht entschließen, auch den Eingangssatz des § 5 zu athetieren. Vgl. den analogen Fall in (9. 3) 1 pr. i. f.

10. (§ 137.) SI FAMILIA FURTUM FECISSE DICETUR[1]

Ulp. 38,[2] Paul. 39,[3] Gai. 13,[4] Iulian. 22.[5]

Paul. (9. 4) 31:

> ... ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur.[6]

Obiges dürfte der ganze Inhalt des Edikts gewesen sein:[7] Ulp. 38 h. t. 1 pr. § 1 enthält schon Erläuterung.[8] Eine besondere Gestaltung der Formel war im Fall des Edikts unbedingt nötig. Der Prätor wird sie daher wahrscheinlich auch proponiert haben.[9] Ihren Wortlaut sicher zu rekonstruieren ist nicht möglich; Vermutungen liegen nahe. Der Kommentar Ulpians, soweit erhalten, scheint sich auf das Edikt zu beschränken.

11. (§ 138.) QUOD FAMILIA PUBLICANORUM FURTUM FECISSE DICETUR[10]

Ulp. 38,[11] Gai. 13.[12]

Ulp. 38 (39. 4) 12 pr. § 1:

> ... praetor ... hoc edictum proposuit: QUOD FAMILIA[13] PUBLICANORUM FURTUM FECISSE DICETUR, [item si damnum iniuria fecerit, et id ad quos ea res pertinet non exhibetur: in dominum sine noxae deditione iudicium dabo.]

Unser Edikt war nur ein Anhang zu dem Edikt „si familia furtum fecisse dicetur". Die Hauptschwierigkeit, die es bietet, liegt darin, daß es in dem Edikt „de publicanis" (§ 183) anscheinend wiederholt ist. Dies ist aber bloßer Schein. Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß die oben in eckige Klammern eingeschlossenen Worte nicht Ulpian angehören, sondern von den Kompilatoren ziemlich ungeschickt aus dem Edikt de publicanis reproduziert sind.[14] Den Beweis dafür liefern:

1. Die Worte „item si damnum iniuria fecerit", die unter das Edikt de furtis nicht passen und aus der Konstruktion fallen (man müßte erwarten: furtum damnumue iniuria fecisse dicetur).

2. Die Worte „si id ad quos ea res pertinet non exhibetur". Hier wird ein den Kompilatoren bei Entzifferung des Edikts de publicanis begegnetes

[1] D. (47. 6).
[2] h. t. 1, 3.
[3] (50. 17) 50 cf. h. t. 1 § 1.
[4] (47. 10) 34.
[5] h. t. 2, 4. Fr. 2 fälschlich Iulian. 23 inskribiert.
[6] Vgl. Ulp. 38 h. t. 1 pr. § 3, 3 pr. § 2, Iulian. 22 h. t. 4, Gai. 7 (9. 2) 32 pr.
[7] A. M. Karlowa, RG II, 1328 n. 1. Was K. vermißt, konnte leicht die Auslegung ergänzen.
[8] Vgl. dazu den Fortgang des fr. 31 de nox. act. (9. 4).
[9] A. M. Levy, Konk. I, 341 f.
[10] (50. 16) 195 § 3: sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum.
[11] (39. 4) 12.
[12] eod. 13.
[13] Cf. Ulp. (50. 16) 195 § 3.
[14] S. auch Karlowa, RG II, 37.

Versehen[1] unter Hinzufügung einer weitern Nachlässigkeit (Präsens statt Futurum) in das Edikt de furtis übertragen.

3. Die Worte „in dominum". Nach dem Plural „publicanorum" im Eingang des angeblichen Edikts ist der Singular „dominum" unmöglich.

Wenn hiernach a. a. O. nur die Worte „quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur" echt sind, so haben die Kompilatoren entweder den Rest des Edikts gestrichen, oder, was mir wahrscheinlicher, jene Worte bildeten nur die Rubrik des Edikts, dessen Wortlaut von ihnen, da sie es mit dem de publicanis identifizieren wollten, ganz unterdrückt wurde.

Das Edikt de publicanis hat seinerseits die entgegengesetzte Interpolation erfahren.[2] Ich halte in dem Digestentitel de publicanis (39. 4) für interpoliert: das Wort „furtumue" in fr. 1 pr., das Wort „furtis" in fr. 1 § 2, das schleppende „et furti manifesti aeque in quadruplum" in fr. 1 § 3, die Worte „uel furti" in fr. 1 § 4 und „furtum uel" in fr. 3 § 3. Die Kompilatoren konnten diese kleinen Ergänzungen leicht in den Originaltext einschieben.

Das Edikt de furtis und das de publicanis hatten verschiedene Delikte im Auge. Im übrigen ist anzunehmen, daß ihre Verfügungen in den Grundzügen übereinstimmten. Ulpians Kommentar, sonst unser sicherster Führer, läßt uns hier im Stich; was wir davon besitzen beschränkt sich auf die Definition der Worte „familia" und „publicanus". Mehr Ausbeute gewährt der Kommentar des Gaius. Dieser zeigt uns in fr. 13 § 2. 3 cit., daß die Haftung des Eigentümers des oder der Schuldigen hier in ähnlicher Weise geordnet war wie im Edikt de publicanis: er haftete „quasi facti sui nomine" für die Tat derer, die er nicht exhibiert hat. Allerdings verheißt das Edikt de publicanis eine actio „in dominos", d. h. „in socios uectigalis, licet domini non sint",[3] während Gaius[4] nur von der Obligation des dominus spricht. Aber dieser Unterschied ist gewiß bedeutungslos.[5] Der Jurist kann sehr wohl in den uns erhaltenen wenigen Sätzen seines Kommentars bloß von der Haftung des Eigentümers gesprochen und nachher hinzugefügt haben, daß diese Haftung sich auf seine socii erstrecke.

Ungeachtet weitgehender Übereinstimmung des Inhalts beider Edikte, bleiben gewisse Fassungsdifferenzen möglich. Insbesondere könnte das Edikt de furtis statt eines „iudicium sine noxae deditione" ein „iudicium quasi ipse fecisset" verheißen haben, vgl. Gai. fr. 13 § 3: quasi facti sui nomine.[6] Während ferner das Edikt de publicanis stets und für alle Fälle

[1] S. § 183; es muß heißen: si hi, ad quos ea res pertinebit, non exhibebuntur, vgl. fr. 1 § 6 (39. 4). Dieser Stelle gegenüber ist das Mißverständnis Karlowas a. a. O. 37 schwer zu begreifen.

[2] Vgl. Karlowa, RG II, 35f., s. auch Cohn, z. röm. Vereinsr. (1873) 207. Anders Dernburg, Festgabe f. Heffter 118.

[3] Ulp. 55 (39. 4) 3 § 1.

[4] Wie das interpol. Edikt in fr. 12 § 1 cit.

[5] S. jedoch Karlowa a. a. O. 37f.

[6] Das kommt nicht ganz auf dasselbe hinaus. Soweit das Edikt keine abweichenden Sonderbestimmungen enthielt, war ein iudicium sine noxae deditione nur möglich, wenn alle Voraussetzungen des iudicium noxale gegeben waren. Ein iudicium „quasi ipse fecisset" war dagegen auch gegen den Eigentümer eines b. f. verkauften oder freigelassenen oder flüchtigen Sklaven möglich, vgl. Gai. fr. 13 § 2. 3 cit.

eine actio in duplum verhieß, mag das Edikt de furtis vielleicht die bekannten Abstufungen der poena furti übernommen haben.

Zur Rekonstruktion der Formel liegt kein Material vor. Rudorffs (EP § 141) Kondemnationsbedingung „neque eos ad quos ea res pertinet exhibitos esse" ist augenscheinlich nicht zu halten: der fragliche Punkt wurde in iure erledigt und gehörte daher nicht in die Formel.

12. (§ 139.) ARBORUM FURTIM CAESARUM[1]

Ulp. 38,[2] Paul. 39,[3] Gai. 13.[4]

Die actio arborum furtim caesarum darf nicht verwechselt werden mit der aus den zwölf Tafeln stammenden actio de arboribus succisis.[5] Die letztere ging auf eine feste poena von 25 As für jeden abgehauenen Baum,[6] die erstere auf das Doppelte des Interesse. Jene war beschränkt auf den Tatbestand der arbores succisae, diese umfaßte den dreifachen Tatbestand des „arbores furtim[7] cinxisse subsecuisse cecidisse".[8] Mit augenscheinlicher Beziehung auf diesen Unterschied sagt Paul. ad Sabin. 9 fr. 5 h. t.:

> Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa . cingere est deglabrare . subsecare est subsecuisse (?): non enim poterat cecidisse intellegi, qui serra secuisset.

Offenbar ist — und dafür spricht auch die Stellung der actio mitten unter den prätorischen Rechtsmitteln aus furtum — die actio arborum furtim caesarum prätorisch, eingeführt mit Rücksicht auf den zu engen Tatbestand und die zu niedrige Buße der zwölf Tafeln. Die actio legitima de arboribus succisis aber dürfte schwerlich an dieser Stelle des Edikts proponiert gewesen sein, eher, wenn überhaupt, in der Nähe der actio de modo agri und legis Aquiliae, wohin sie ihr Tatbestand verwies; denn das Wort furtim, das allein die prätorische actio unter die Rechtsmittel aus furtum brachte, scheint, dem Namen der actio legitima nach zu urteilen, nicht schon dieser letztern angehört zu haben.[9]

Die Formel war ohne Zweifel in factum konzipiert und ist vermutungsweise leicht herzustellen. Rudorffs Formel (EP § 142) ist inso-

[1] D. (47. 7).
[2] h. t. 7.
[3] h. t. 8.
[4] h. t. 9.
[5] Gai. IV, 11, Paul. (12. 2) 28 § 6, Ulp. h. t. 3. Nur den Worten nach, nicht in der Sache bestritten von Karlowa, RG II, 796f.
[6] Plin. hist. nat. XVII, 1, 7.
[7] Ulp. 38 h. t. 7 pr., Paul. 39 h. t. 8 § 1, Paul. sent. II, 31 § 24 [25].
[8] Ulp. 38 h. t. 7 § 4.
[9] Das Gegenteil beweist Karlowa a. a. O. durch fr. 1 h. t.: Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait. Die Stelle beweist höchstens, daß nach Ansicht des Labeo im Fall der arbores furtim caesae auch die Zwölftafelklage stattfand. Überdies ist aber Interpolation wahrscheinlich. Die Kompilatoren, die die in den Sabinuskommentaren noch berücksichtigte actio de arb. succ. beseitigten, wollten den Schein erregen, als ob sie mit unserer actio identisch sei, und haben daher die Erwähnung der prätorischen actio gestrichen.

fern mangelhaft, als sie unter den drei ediktalen Tatbeständen nur einen berücksichtigt; auch dürfte die Kondemnation nicht, wie Rudorff wohl wegen fr. 8 pr. h. t. annimmt, auf „quanti A^i A^i interest id factum non esse" gestellt gewesen sein, sondern auf „quanti ea res est", was in fr. 8 pr. nur erläutert wird.

Tit. XXIV

DE IURE PATRONATUS[1]

Ulp. 38, Paul. 40, Gai. 14, Iulian. 22, Callistr. 3.

§ 140. DE OPERIS LIBERTORUM[2]

Ulp. 38,[3] Paul. 40,[4] Gai. 14,[5] Iulian. 22,[6] Callistr. 3.[7]

Ulp. 38 h. t. 2:

> Hoc edictum praetor proponit coarctandae persecutionis libertatis causa impositorum: animaduertit enim rem istam [libertatis causa impositorum praestationem[8]] ultra excreuisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas. (§ 1) Initio igitur praetor pollicetur se iudicium operarum daturum in libertos et libertas.[9]

An dies „initium" des Edikts hat sich ohne Zweifel die weitere negative Erklärung des Prätors geschlossen, daß der Prätor im übrigen de onerandae libertatis causa impositis keine actio gewähren werde[10]: wir finden daher die exceptio onerandae libertatis in dem Abschnitt von den Exzeptionen unter der rückverweisenden Rubrik „quarum rerum actio non datur". Ob der Ausschluß der actio operarum wider die liberta uoluntate patroni nupta — Ulp. 38 h. t. 13 § 4. 5, C. h. t. 11, (6. 6) 2 — ebenfalls auf dem Edikt oder auf anderer Rechtsquelle beruhte, wissen wir nicht.

Die actio operarum war eine ciuilis actio.[11] Die operae konnten von

[1] D. (37. 14).

[2] D. (38. 1), C. (6. 3).

[3] h. t. 2, 13, 15, (46. 3) 29 cf. h. t. 15 § 1, (48. 23) 1; (46. 2) 13? vgl. Paling. Ulp. nr. 1082. (50. 16) 193?

[4] h. t. 16, 18, 20.

[5] h. t. 19, 22.

[6] h. t. 11, 23, (45. 1) 54, (45. 2) 5, cit. (2. 14) 54 cf. etwa h. t. 44.

[7] h. t. 38.

[8] Vgl. Ad. Schmidt (von Ilmenau), das Pflichtteilsrecht des Patr. (1868) 9.

[9] Patri qui filium emancipauit ... praetor nihil edicit. (37. 12) 4.

[10] Über die geschichtliche Entwicklung vgl. Adolf Schmidt (von Ilmenau) a. a. O. 5f., 8f., Leist, Serie der Bücher 37. 38 V, 293-303. Das Edikt des Prätors Rutilius, der nach fr. 1 § 1 (38. 2) edizierte: se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, ist später durch die zwei Edikte de operis libertorum und über die b. p. c. t. des Patrons abgelöst worden.

[11] A. M. Pernice, Sitzgsber. der Preuß. Akad. 1886, 1177 n. 3, der aber seine Meinung seither (Labeo III, 83 n. 2), wenngleich nicht ohne Zögern, aufgegeben hat. Dagegen hält Segrè, sulle formole etc. (st. Moriani 1905) 25ff. daran fest, daß für die actio ex iureiurando jedenfalls auch eine form. i. f. conc. proponiert gewesen sei. Mit dem Text Mitteis, röm. Priv. R. I, 57.

dem Freigelassenen bekanntlich auf doppelte Weise versprochen werden: durch Stipulation oder Eid.[1] Für die stipulatio operarum ist die Annahme einer formula in ius concepta gewiß nicht zu vermeiden.[2] Nun berichten uns aber die Quellen überall nur von einem iudicium operarum, stellen die beiden Entstehungsgründe als gleichwertig nebeneinander,[3] und, was ich für ein besonders wichtiges Moment halte, sie lassen die aus dem Eid entstandene Obligation ganz ebenso durch Akzeptilation aufgehoben werden, wie die ex stipulatu.[4] Man wird daher kaum fehlgehen, wenn man sich die Formel in beiden Fällen gleichgefaßt denkt.[5] Keinen Schluß auf eine honorarische Formel gestattet der Umstand, daß die actio operarum durch Edikt verheißen ist: dies Edikt führte die actio nicht ein, sondern ließ sie bestehen, — sein Sinn ist, daß, während die libertatis causa imposita im übrigen klaglos gestellt wurden, dies iudicium wie seither, so auch fernerhin gewährt werden soll.[6]

Was die nähere Gestaltung der Formel angeht, so bildet Rudorff die Formel einfach nach dem gewöhnlichen Schema: *quod* A^s A^s *. . . stipulatus est* (N^s N^s *. . . iurauit*), *quidquid . . . oportet, eius* et rel. Ich selbst habe in der 1. Aufl. auf jede Rekonstruktion verzichtet. Seither haben es die Untersuchungen von Demelius[7] höchstwahrscheinlich gemacht, daß die intentio der Formel einfach nach dem Vorbild der condictio certae rei ohne jede demonstratio gebildet war, etwa so:

S. p. N^m N^m A^o A^o operas decem dare oportere[8] . . .

Dafür spricht[9] neben der üblichen Fassung der Frohndversprechen insbesondere sehr stark fr. 4 h. t.:

[1] h. t. 8 pr., 37 pr. Über den Eid speziell vgl. h. t. 7 pr.–§ 3, (40. 12) 44 pr. § 1, Gai. III, 83, 96. Gai. epit. II, 9 § 4.

[2] A. M. (ohne nähere Begründung) Rabel, Holtz.-Kohler Enz. I, 462.

[3] Vgl. z. B. h. t. 8 pr., 15 § 1, 37 pr.

[4] (46. 4) 13 pr. Segrè, a. a. O. 44 f., glaubt dies Argument dadurch beseitigen zu können, daß er mit Ferrini (pand. nr. 510 i. f.) annimmt, die Stelle sei interpoliert und habe im Urtext das Gegenteil gesagt. Ihre Beweiskraft würde aber auch in diesem Fall die gleiche bleiben: denn woher der Zweifel, der hier positiv oder negativ entschieden wird?

[5] So auch Rudorff, EP § 144.

[6] A. M. Segrè l. c., mit Rücksicht namentlich auf den Bericht in fr. 2 § 1 h. t., der m. E. nur in dem durch fr. 2 pr. gegebenen Sinn verstanden werden kann und muß. Schon der Prätor Rutilius hatte (s. S. 338 n. 10) ediziert: se amplius non daturum quam operarum et societatis actionem. Sein Nachfolger erklärt, er werde die actio operarum weitergeben, im übrigen aber jede actio versagen. Die Berufung auf fr. 2 § 1 beweist auch zuviel, da ja doch Segrè selbst zugibt, daß die actio aus der stipulatio operarum immer zivil gewesen sei. Daß fr. 2 § 1 interpoliert oder die actio ex stipulatu in dieser Anwendung jünger sei als unser Edikt, ist durchaus unerweislich. Dagegen spricht auch das von Segrè 34 f. angezogene fr. 4 (37. 12); wie man auch das „et ideo" in dieser Stelle deuten mag, so beweist sie jedenfalls, daß das edictum de operis auch auf die actio aus der stipulatio operarum bezogen wurde; man hat also nur die Wahl, entweder auch diese actio für prätorisch zu erklären oder fr. 2 § 1 cit. und 4 cit. bei unserer Frage ganz aus dem Spiel zu lassen. Gegen Segrè auch Arangio-Ruiz, le genti 50 f.

[7] Schiedseid und Beweiseid, 40 f.

[8] Utilis actio, si impubes iurauerit (wohl fiktizisch): Venul. (40. 12) 44 § 2. Auch diese utilis actio spricht sehr entschieden gegen conceptio in factum.

[9] S. Demelius, a. a. O. 41 f., auch Karlowa, RG II, 701.

... perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur.

Zwar ist diese Stelle nicht unberührt; der Singular „petitur“ hinter operae ist nicht erträglich. Ebensowenig aber ist der seinem Sinne nach unentbehrliche Satz einfach als itp. anzusehen;[1] es liegt hier m. E. ein Schreiberversehen oder eine ungeschickte Verkürzung vor. Unterstützend kommt in Betracht die Unterstellung des iud. operarum unter das Eidesedikt des Titels „si certum petetur“ — (12. 2) 34 pr. — und die auch sonst hervortretende analoge Behandlung von obligatio operarum und obligatio certae rei.[2]

Aber wie lautete die condemnatio? Nach Demelius einfach, wie die der condictio certae rei: q. e. r. est, t. p.[3] usw., und das halte auch ich für so gut wie gewiß. Ganz abwegig scheint mir die Meinung Biondis,[4] der unserer actio eine auf Grund prätorischer Abschätzung formulierte condemnatio certa geben will. Hauptstütze, ja einzige[5] Stütze dieser These ist, daß in dem fr. 4 h. t. die petitio operarum in Parallele zur petitio certae creditae pecuniae gestellt wird. Allein diese Parallele lag bei einer auf eine bestimmte Anzahl operae abgestellten intentio, auch wenn die condemnatio auf q. e. r. e. gestellt war, ungemein nahe. Vergebens fragt man sich, was gerade beim iud. operarum den Prätor zu einer derartigen Abweichung vom gewöhnlichen Verfahren hätte veranlassen können.

Unserm Edikt gehörten die bei Prob. Einsidl. 48. 55 überlieferten Worte

libertatis causa[6]

und wohl auch

operas donum munus[7]

[1] So Albertario, atti Tor. 49, 740, der den Zusammenhang der Bemerkung (ebenso wie Biondi, iud. oper. [1913] 15) mißversteht. Die hereditas aut b. p., von der vorher die Rede ist, ist nicht, wie A. meint, die Erbschaft des Patrons, sondern die des libertus. Diese würde im Fall der Stelle allein dem Patron zufallen (Gai. III, 60, Ulp. XXVII, 2), während die petitio operarum auch dem filius alterius patroni zusteht. Letzteres war zu begründen, und die Begründung liegt eben in dem vermeintlich itp. Satz.

[2] Die Gegengründe von Pernice, Labeo III, 85 n. 4 scheinen mir nicht durchschlagend. Er meint, die operae seien doch nur auf Anfordern zu leisten; das müsse also in der Formel irgendwie hervorgetreten sein. Allein da die stipulatio erst durch Anfordern „committitur“, vgl. insbesondere fr. 22 pr. h. t., so besteht vorher kein dare oportere. Er wendet ferner ein, man klage ja auch nicht die operae allesamt ein, sondern nur die, die der Freigelassene nicht geleistet habe, cf. fr. 4 i. f., 8 pr., 13 § 2, 15 pr., 22 pr., 23 § 1, 24 h. t. Gewiß: hinsichtlich der geleisteten besteht kein dare oportere mehr, wie hinsichtlich der operae nondum indictae noch keines besteht. Geleugnet wird die im Text behauptete Analogie und statt dessen die der obl. certae pecuniae behauptet von Biondi, giur. decis. (1913) 27[1]. Für uns kommt auf diese Differenz nichts an.

[3] Hierher vielleicht Ulp. 38 (50. 16) 193.

[4] iud. oper. 12f.

[5] Daß der Freigelassene, der operae indebitae geleistet hatte, Rückerstattung einer bestimmten Geldsumme habe verlangen können, und zwar mittels actio certae cred. pec. (Biondi 10) ist nicht richtig. Fr. 26 § 12 (12. 6) setzt in seinem echten Teil einen Vergleich voraus („decidit“).

[6] Vgl. fr. 7 pr. h. t.: libertum esse oportet qui iuret et libertatis causa iurare. Vgl. auch Leist, a. a. O. 240 n. 42.

[7] Der dreifache Ausdruck bezeichnet nichts anderes als was sonst das Wort operae, in weiterm Sinn, allein ausdrückt. Vgl. h. t. 7 § 3, 37 pr., auch (50. 16) 53 pr., Paul. sent. II, 32. Leist, a. a. O. 212f.

an, die übrigens auch noch anderwärts im Album vorkommen und auch in der Formel gestanden haben können.

§ 141. SI INGENUUS ESSE DICETUR[1]

Ulp. 38.[2]

Ulp. 38 h.t. 6:

> Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, siue operae petantur siue obsequium desideretur siue etiam famosa actio intendatur siue in ius uocetur qui se patronum dicit siue nulla causa interueniat, redditur praeiudicium. sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaii Seii se negat, idem praeiudicium datur. redditur autem alterutro desiderante: sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, uincitur.

Das Präjudizium, von dem hier die Rede ist, ist offenbar das

an N^s N^s *libertus* A^i A^i *sit,*[3]

das zur Anwendung kommt, gleichviel ob Numerius der Behauptung des Aulus mit „libertum se non esse" oder mit „libertum se esse, sed non A^i A^i" entgegentritt;[4] dasselbe Präjudizium, das bei Gai. IV, 44 und in § 13 I. (4. 6) summarisch erwähnt wird. Daneben aber war ohne Zweifel auch das Präjudizium mit der intentio

an A^s A^s *ingenuus sit*

proponiert, dessen selbständige Existenz gewiß ist.[5] Auf die verschiedene Fassung weist hin Ulp. 38 (44. 1) 12:

> Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit.

Beide Präjudizien sind prätorischen Ursprungs: § 13 (4. 6.).

Als Richter erwähnt Sueton., Vespas. c. 3, Rekuperatoren. Ob auch die „iudices" in c. 1 (7. 14) so zu deuten sind, lasse ich dahingestellt. Daß Rekuperatoren hier regelmäßig richteten, ist nicht anzunehmen.[6]

[1] D. (40. 14).
[2] h. t. 6, (44. 1) 12.
[3] Zur Fassung vgl. oben S. 312.
[4] Bekker, Aktionen I, 284 n. 31.
[5] Rubr. Dig. (40. 14) Si ingenuus esse dicetur, fr. 14 (22. 3); s. ferner: fr. 8 § 5 (17. 1), fr. 1 (40. 14), fr. 1 § 3 (40. 15), fr. 3, 4 (40. 16).
[6] S. oben S. 27 n. 7.

Tit. XXV
DE BONORUM POSSESSIONIBUS[1]

Ulp. 39–49, Paul. 41–44, Gai. 14–17, Iulian. 23–28, Pomp. 79. 83.

Der Abschnitt de bonorum possessionibus wird von Ulpian, Paulus, Gaius durch allgemeine Erörterungen, die sich nicht an bestimmte Ediktworte anlehnen, eingeleitet. Es handelt (vgl. im einzelnen meine Palingenesie):

1. Ulp. 39:

a) von Wesen und allgemeinen Grundsätzen der b. p.: h. t. 1, 3, 5, (37. 3) 2;

b) vom zuständigen Magistrat: (1. 16) 8, (1. 18) 4, (2. 1) 14, (50. 1) 4;

c) von den Zwecken des Instituts: (5. 1) 62; hierher gehört als gelegentliche Bemerkung (Herrenlosigkeit der Erbschaft) wohl auch (48. 18) 2.

2. Paul. 41:
von Wesen, allgemeinen Grundsätzen, Zuständigkeit: h. t. 6 pr. § 1, (47. 23) 7, (1. 9) 11;[2]

3. Gai. 14:
von allgemeinen Grundsätzen: h. t. 11. —

Die Reihenfolge der Edikte ergibt sich in allgemeinem Umriß aus § 3 I. h. t., Ulp. 41 (37. 11) 2 pr., Ulp. 46 (38. 6) 1 pr.

A. SI TABULAE TESTAMENTI EXTABUNT[3] *NON MINUS QUAM SEPTEM TESTIUM SIGNIS SIGNATAE*

Voraussetzung der b. p. c. t. wie der b. p. s. t. ist die Existenz eines Testaments, woraus die Erbschaft, sei es nach ius ciuile sei es nach prätorischem Recht, erworben werden kann. Diese Voraussetzung trat in einer dem Titel de bonorum possessionibus untergeordneten Generalrubrik hervor, die eine große Zahl von Edikten umfaßte und in der zweiten Generalrubrik Si tabulae testamenti nullae extabunt ihr Gegenbild fand.[4] Aus ihr ist die Digestenrubrik (37. 2) „si tabulae testamenti extabunt“ entstanden, Worte, die wir denn schon bei Ulp. 39 (37. 11) 1 pr.–§ 7, Paul. 41 (37. 1) 6 § 2 ausführlich kommentiert finden;[5] den Rest der Generalrubrik, der in die Digestenrubrik nicht übergegangen ist, erläutert Ulp. 39 (28. 1) 22, (37. 11) 1 § 10. 11, Iulian. 23 eod. 7.

Des Weitern vgl. unten § 149.

[1] D. (37. 1), I. (3. 9). Eine Rekonstruktion dieses Titels hat (1869) Alibrandi versucht (opere I, 73 ff., 135 ff.). Dieser sehr beachtenswerte Vorgänger ist mir erst nach dem Erscheinen der 1. Aufl. bekannt geworden.

[2] Andere Vermutung über den Zusammenhang dieser Stelle bei Cuiac. obs. XXIV, c. 3.

[3] D. (37. 2).

[4] Vgl. I. (3. 9) § 3.

[5] Vgl. auch Pedius 25 cit. (37 1) 6 § 2.

§ 142. DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS[1]

Ulp. 39,[2] 40,[3] Paul. 41,[4] Gai. 14,[5] Iulian. 23.[6]

Gai. III, 71:

> ... *e*dicto praetoris ... praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur.

Vgl. § 12 I. (3. 1), rubr. C. (6. 12).

Über den Inhalt des Edikts sind wir ziemlich genau unterrichtet. Was seine Formulierung angeht, so war der Begriff der liberi, insoweit er über den Kreis der sui heredes hinausgriff, durch Fiktion (rescissa capitis deminutione) bestimmt. In welcher Form die sui selbst berufen wurden, ist unsicher, und ich habe mich darum über diesen Punkt in EP¹ und EP² nicht geäußert. Seither hat Moriaud[7] die Meinung vertreten, auch für ihre Berufung sei eine Fiktion notwendig gewesen, deshalb, weil für die Gewährung der b. p. c. t. der Moment des Todes des Erblassers maßgebend gewesen sei, während die Delation der hereditas legitima sich nach dem Zeitpunkt bestimmt, quo certum est aliquem sine testamento decessisse. Er schlägt daher für die Bezeichnung der sui heredes die Fassung vor: „qui mortis tempore intestato (patre mortuo) sui heredes essent". Ich halte diesen Vorschlag nicht für glücklich. Die Bedenken Moriauds erledigen sich, wenn man folgende Formulierung unterstellt, bei der ich freilich nicht für jedes Wort Gewähr leisten kann: his qui in potestate morientis fuerunt[8] fuissentue si capite deminuti non essent,[9] pro qua (quisque) parte intestato sui heredes essent.[10] Vgl. zum Ganzen Paul. 41 h. t. 4 § 1. 2, 6 § 2, Marcell. 9 dig. (37. 5) 25 pr., ferner Paul. 41 (37. 1) 6 § 1, Ulp. 39 h. t. 3 § 5, Ulp. 40 h. t. 8 § ult., C. Th. (9. 42) 9. Als Bedingung der Berufung dürfte hinzugefügt gewesen sein: si in alia familia non erunt, cf. h. t. 6 § 4 i. f., 17, 21 § 1. Eine besondere Klausel mag noch die ciuitate donati berücksichtigt haben,[11] vgl. Gai. III, 20. 25. 26, Coll. XVI, 7 § 2.

Die liberi *qui institui heredes iure non possunt* waren von der b. p. c. t. ausgeschlossen: die Worte scheinen dem Edikt angehört zu haben: Ulp. 39 h. t. 3 § 10.

Das Edikt dürfte nicht sofort in seinem Eingang die Berufung der liberi davon abhängig gemacht haben, daß sie weder instituiert noch exherediert seien. Vielmehr scheint die Ausschließung der exheredati, von

[1] D. (37. 4), C. (6. 12). Prima pars edicti: (37. 10) 4, 12.

[2] h. t. 1, 3, (38. 6) 6.

[3] h. t. 8, 10.

[4] h. t. 4, 6, 11.

[5] h. t. 7, 9, 12.

[6] h. t. 13, cit. h. t. 3 § 12.

[7] De la simple fam. pat. (1910) 144f. Vgl. dazu auch Partsch, SZ 32, 445f.

[8] Vgl. hierzu die Fassung des Edikts de collatione bonorum (§ 144).

[9] Diese Fassung der Fiktion ziehe ich der von Moriaud, 146f. vorgeschlagenen, übrigens sachlich gleichbedeutenden, auch jetzt noch vor. Vgl. insbesondere (37. 1) 6 § 1.

[10] Nicht haltbar Kniep, Gai. inst. II², 218.

[11] S. Moriaud, a. a. O. 149.

der Ulpian erst lib. 40 in einem gesonderten Abschnitt (fr. 8 pr.–§ 10 h. t.) handelt, in einer speziellen Klausel,[1] die der instituti aber vermutlich gar nicht ausdrücklich angeordnet gewesen zu sein: Ulpian beruft sich für die regelmäßige Nichtzulassung der letzteren in fr. 3 § 11 h. t. nicht auf den Ediktwortlaut, sondern nur darauf, daß sie der b. p. c. t. nicht bedürften, da sie ja die b. p. s. t. agnoszieren könnten. Der Prätor schloß sie aber wohl stillschweigend dadurch aus, daß er sie commisso per alium edicto ausdrücklich zuließ: eine spezielle Ediktklausel des letztern Inhalts ist schon deswegen zu vermuten, weil Ulpian diese Materie ganz am Schlusse seines Kommentars zur b. p. c. t. in fr. 8 § 11–14, 10 h. t. abgesondert erläutert,[2] und sie wird durch fr. 14 pr. h. t. erwiesen:[3] denn wenn es hier heißt, der institutus, der aus dem Testament angetreten habe, sei von der b. p. commisso per alium edicto ausgeschlossen, „quamuis uerbis edicti parum expressum sit", so ergibt sich notwendig der Schluß, daß es uerba edicti waren, die den institutus zuließen. Gewiß ist ferner auch dies noch, daß die singuläre Zulassung der filii in adoptionem dati zur b. p. c. t. commisso per alium edicto vom Prätor ausdrücklich angeordnet war, vgl. Ulp. 40 h. t. 8 § 11[4]–13.

Eine besondere Klausel wegen Zulassung der postumi war in diesem Edikt wohl nicht enthalten. Die entgegengesetzte Behauptung des Scholiasten in Basil. XXXIX, 1, 6 (Heimb. IV, 4) wird durch fr. 1 § 2 h. t. widerlegt.[5]

§ 143. DE LEGATIS PRAESTANDIS CONTRA TABULAS BONORUM POSSESSIONE PETITA[6]

Ulp. 40,[7] Paul. 41,[8] Iulian. 23.[9]

Ulp. 40 h. t. 1 pr.

> Hic titulus aequitatem quandam habet . . ., ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. Vgl. C. (6. 12) 1.

[1] Ulp. 40 h. t. 8 pr.: Non putauit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos. Vgl. Gai. II, 135: praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, uirilis sexus nominatim, feminini *uel* nominatim uel inter ceteros. S. auch Gai. II, 129.

[2] Vgl. auch Ulp. 40 (37. 5) 5 § 2: exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scriptis.

[3] Zweifelnd Moriaud, a. a. O. 187[16].

[4] Ulp. 40 h. t. 8 § 11: In adoptionem datos filios non summoueri praetor uoluit, modo heredes instituti sint.

[5] A. M. Alibrandi, opp. I, 77, Moriaud, a. a. O. 151 f. Möglich, daß die in § 162[a] referierte Ediktsklausel auch auf die b. p. c. t. bezogen wurde und sich so fr. 1 § 2 erklärt.

[6] D. (37. 5).

[7] h. t. 1, 3, 5, 8, 10, 12, 14. Vielleicht gehört hierher auch das Zitat in C. (6. 28) 4 § 3.

[8] h. t. 9, 11, 15.

[9] h. t. 2, 4, 6.

Ulp. 40 h. t. 5 § 2:

> ... exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem praetor dedit ex causis supra scriptis ...

Der Prätor dürfte, wie Alibrandi[1] mit Recht hervorhebt, sich der Wendung „(legata praestare) cogam" bedient haben, vgl. h. t. 14 pr., 15 pr., 17, 25 § 1.

§ 144. DE COLLATIONE BONORUM[2]

Ulp. 40,[3] Paul. 41,[4] Iulian. 23,[5] Pomp. 79.[6]

Ulp. 40 h. t. 1 pr.:

> Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna.

Über Gestalt und Wortlaut des Edikts können wir uns aus den Quellen, in erster Linie Ulpians Kommentar, annähernd genau informieren.

1. „Inter eos" dabitur collatio „quibus possessio data est". Ulp. 40 h. t. 1 § 1, Tryphon. (37. 4) 20 § 1, Scaeu. h. t. 10. Erläutert bei Ulp. 40 h. t. 1 § 2–8.

2. Iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caueatur. Ulp. 40 h. t. 1 § 9. Vgl. Tryphon. fr. 20 § 1 cit., Ulp. XXVIII, 4, Paul. sent. V, 9 § 4. Erläutert bei Ulp. 40 h. t. 1 § 9–13.

3. An dritter Stelle folgt bei Ulp. 40 h. t. 1 § 14 die Feststellung der kollationspflichtigen Personen, und hier dürfte:

4. die Bezeichnung der kollationsberechtigten Personen einzuschalten sein, die wir aus Paul. 41 h. t. 12 kennenlernen:

> Si praegnantem quis uxorem reliquerit et ea uentris nomine in possessionem missa fuerit, interim cessat collatio: nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse:[7] sed nato conferetur.

Ich denke mir die Fassung des Edikts nach Maßgabe des obigen bis hierher etwa so:

Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit,[8] *ita collationem*

---

[1] Opp. I, 78.

[2] D. (37. 6), C. (6. 20).

[3] h. t. 1; (3. 3) 38? cf. h. t. 2 § 1; (7. 1) 8? (kann sich auf die mit der Kollationspflicht in Verbindung stehenden gegenseitigen Ersatzansprüche beziehen).

[4] h. t. 2, 12.

[5] h. t. 3.

[6] cit. h. t. 1 § 9. 11.

[7] Iulian. 23 fr. 3 § 2 h. t.

[8] Vgl. Iulian. 23 h. t. 3 pr. Beseler, SZ 44, 395 verwirft dieses Zeugnis mit Rücksicht auf Ulp. XXVIII, 4 und Paul. V, 9 § 4. Aber wie soll man sich nach letzteren Stellen den Kollationszwang denken, da doch im Moment, wo der emancipatus die b. p. begehrt, noch gar nicht festzustehen braucht, ob und wer sie noch neben ihm begehrt?

fieri iubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint,[1] *recte caueant* . . .

Hieran schloß sich weiter:

5. die Bezeichnung des Inhalts der Kaution, etwa:

se, quidquid moriente patre in bonis habuerint doloue malo fecerint quo minus haberent, boni uiri arbitratu collaturos esse.

Diese oder sehr ähnliche Worte sind bei Ulp. 40 h. t. 1 § 15–24 erläutert.[2] Speziell die Worte boni uiri arbitratu ergeben sich aus Paul. 41 h. t. 2 § 2:[3]

. . . praetor uiri boni arbitratu iubet conferri bona.

Hiermit scheint mir der Inhalt des Edikts erschöpft. Daß sich der Prätor über die Folgen der Kollationsverweigerung ausdrücklich ausgesprochen habe, ist mir nach der Ausdrucksweise der Quellen,[4] wonach diese Folgen sich eher in der Praxis festgestellt haben dürften, sehr unwahrscheinlich. Dagegen scheint er allerdings den Fall, daß der Kollationspflichtige nicht kavieren k a n n, besonders vorgesehen zu haben, vgl. Papinian in (36. 3) 5 § 1:

. . . cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cauere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cauendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos . . .,[5]

und dazu noch Paul. 41 h. t. 2 § 9.

§ 145. DE DOTIS COLLATIONE[6]

Ulp. 40,[7] Gai. 14.[8]

Ulp. 40 h. t. 1 pr.[9]

Quamquam ita demum ad collationem dotis[10] praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat.[11]

Die Kollation mußte auch hier „uiri boni arbitratu" zugesagt werden.[12]

Weitere Details sind nicht ersichtlich.

[1] Der postumi geschah keine Erwähnung, arg. Paul. 41 h. t. 12. In c. 11 h. t. spielen die Worte „his etiam, qui sui futuri essent, si uiuo patre nati fuissent, conferri manifeste significatur" vermutlich auf das Edikt de uentre an. Vgl. S. 347 n. 22. A. M. A l i b r a n d i, opp. I, 78.

[2] Vgl. auch Paul. 41 h. t. 2 pr. – § 4, Ulp. 40 (37. 7) 1 i. f., Ulp. XXVIII, 4, C. (6. 20) 6, (2. 39) 2.

[3] Vgl. Ulp. 79 h. t. 5 § 1.

[4] S. besonders Iulian. 23 h. t. 3 pr., vgl. auch C. h. t. 11 i. f., 12.

[5] B r i n z, SZ 4, 175, bemerkt, die von mir dieser Stelle entnommene Kaution sei keine Kollations-, sondern eine Restitutionskaution. Ich habe niemals das Gegenteil behauptet.

[6] D. (37. 7), C. (6. 20).

[7] h. t. 1. Nov. 97 c. 6 § 1 i. f.?

[8] h. t. 2.

[9] Auch, wenn diese Stelle „Paraphrastenarbeit" sein sollte (so Beseler II, 52), bleibt der Bericht durchaus glaubwürdig. „Unrichtig" daher B e s e l e r III, 39.

[10] Dotis: vgl. (10. 2) 20 pr.

[11] Cf. Tryphon. h. t. 9.

[12] Papin. h. t. 5 § 1.

§ 146. DE CONIUNGENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS EIUS[1]

Ulp. 40,[2] Paul. 41.[3]

Ulp. 40 h. t. 1 pr.[4]

Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis,[5] cum is moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit,[6] si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt,[7] bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam[8] liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat.[9] (§ 1) hoc edictum aequissimum est . . .

Obiger Bericht gibt, wie schon aus der Übereinstimmung mit der lex gemina (s. n. 4), ebenso aber auch aus dem Kommentar Ulpians[10] erhellt, ohne allen Zweifel das Edikt Julians fast wortgetreu wieder. Der Scholiast in Basil. XLV, 1, 5 (schol. 1 Heimb. IV, 471) bezeichnet die griechisch von ihm wiedergegebenen Worte ausdrücklich als *πραίτωρος ῥήματα*.[11] Ungenau sind nur die Worte neque notam exh. meruerunt. Das Edikt, und ebenso Ulpian, muß hier, wie die vorhergehenden Worte beweisen, speziell die Exheredation in bloßen tabulae VII signis signatae erwähnt haben.[12]

§ 147. DE UENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO ET CURATORE EIUS[13]

Ulp. 41,[14] Paul. 41,[15] Gai. 14,[16] Iulian. 24.[17]

Ulp. (40. 4) 13 § 3:

. . . edictum praetoris, quo ita cauetur: [18]UENTREM CUM LIBERIS[19] IN POSSESSIONEM ESSE IUBEBO.[20]

Ulp. 41 h. t. 1 § 2:

Totiens autem mittitur in possessionem uenter, si non est exheredatus[21] et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit.[22]

[1] D. (37. 8). Noua clausula Iuliani: h. t. 3, (37. 9) 1 § 13.
[2] h. t. 1.
[3] h. t. 2.
[4] = Pomponius (38. 6) 5 pr.
[5] *L. gem. ins.:* de cuius bonis agitur.
[6] *L. gem.:* habebit.
[7] *L. gem.:* neque nominatim exheredes scripti erunt.
[8] *L. gem.:* dimidiam habeat, reliquum.
[9] Ulp. 40 h. t. 1 § 13.
[10] Abschnitte dieses Komment.: fr. 1 § 2–6 (bis zu den Worten patre emancipato): fr. 1 § 6 (von liberos an)–9; § 10; § 11. 12; § 13–17.
[11] Darauf macht Alibrandi, opp. I, 80, aufmerksam.
[12] So Moriaud, simple fam. pat. 206f.
[13] D. (37. 9).
[14] h. t. 1, 6.
[15] h. t. 2, 4, (30) 62.
[16] h. t. 5.
[17] (37. 4) 5, (25. 4) 2.
[18] Voraus ging wahrscheinlich: Si . . . mulier praegnas esse dicetur. Fr. 1 § 1. 10 h. t., Alibrandi, opp. I, 81.
[19] Paul. 41 (30) 62.
[20] Marcian. (30) 121, Ulp. 41 h. t. 1 pr. § 1.
[21] Ulp. 41 h. t. 1 § 2–7.
[22] Ulp. 41 h. t. 1 § 8–13, vgl. C. (6. 20) 11.

Ulp. (43. 4) 3 i. f.:

. . . ex epistula diui Hadriani ad exemplum [praesumptionis] Carboniani edicti uentri praetor pollicetur possessionem.[1]

Modestin. (26. 5) 20 pr.:

Ventri . . . a magistratibus populi Romani dari . . . curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est.[2]

In Zusammenhang mit der letztangeführten Bestimmung stand auch eine Anordnung hinsichtlich der der Erbschaft zu entnehmenden Alimente, wobei wahrscheinlich die Worte „uescendi causa deminuere" gebraucht waren.[3]

Rudorff (§ 151) hat außer der ersten Klausel den ganzen Inhalt dieses Edikts, der in Ulpians Kommentar deutlich zu verfolgen ist, übersehen.

§ 148. EDICTUM CARBONIANUM[4]

Ulp. 41,[5] Paul. 41,[6] Iulian. 24,[7] Pomp. 79.[8]

Ulp. 41 h. t. 1 pr. § 1.:

Si cui controuersia fiet, an inter liberos sit,[9] et impubes sit,[10] causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controuersia esset et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.[11] Eum qui controuersiam facit, si pro pupillo satis ei non detur, simul in possessionem eorum bonorum esse praetor iubet.[12]

Die Vollständigkeit dieses Referats wird (vgl. die Noten) durch Ulpians Kommentar bestätigt.

Decretum ad exemplum Carboniani edicti: Ulp. 41 (37. 9) 1 § 14, Iulian. 24 dig. (25. 4) 2.

§ 149. DE BONORUM POSSESSIONE SECUNDUM TABULAS[13]

Ulp. 41,[14] Paul. 41,[15] Gai. 15,[16] Iulian. 24.[17]

Ulp. 41 h. t. 2 pr.:

Aequissimum ordinem praetor secutus est: uoluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum.

[1] Ulp. 41 h. t. 1 § 14–16, Iulian. 24 (25. 4) 2.
[2] Ulp. 41 h. t. 1 § 17–26. Vgl. (27. 10) 8, s. S. 317.
[3] Ulp. 41 h. t. 1 § 3. 19. 20. 25, vgl. (37. 10) 5 § 3, (44. 3) 15 § 4.
[4] D. (37. 10), C. (6. 17). Über die Stelle dieses Edikts vgl. fr. 4, 6 § 2, 12 h. t.
[5] h. t. 1, 3, 5.
[6] h. t. 6, 16.
[7] h. t. 4, 7, cit. h. t. 3 § 13, 5 § 1.
[8] cit. h. t. 1 § 8.
[9] Ulp. 41 h. t. 1 § 2–ult., fr. 3 pr.–§ 2. Fr. 3 pr.: Carbonianum edictum aptatum est ad c. t. bonorum possessionem et intestati. Vgl. Paul. 41 h. t. 6 § 2.
[10] Ulp. 41 h. t. 3 § 3.
[11] Ulp. 41 h. t. 3 § 4–ult.
[12] Ulp. 41 h. t. 5.
[13] D. (37. 11), C. (6. 11).
[14] h. t. 2, 4, (28. 6) 21. Fr. 4 h. t. falsch Ulp. 42 inskribiert.
[15] h. t. 3.
[16] (28. 6) 22, (30) 64; (26. 8) 11?
[17] h. t. 8, (28. 6) 25.

Der ursprüngliche Wortlaut dieses Edikts ist uns bei Cic. in Verr. II[1] c. 45 § 117 erhalten:

SI DE HEREDITATE AMBIGITUR ET TABULAE TESTAMENTI OBSIGNATAE NON MINUS MULTIS SIGNIS QUAM E LEGE OPORTET AD ME PROFERENTUR, SECUNDUM TABULAS TESTAMENTI POTISSIMUM POSSESSIONEM[1] DABO.

Im Album Hadrians finden wir das Edikt nicht ganz so wieder:

1. Die Worte „si de hereditate ambigitur" sind, soweit ersichtlich, verschwunden.[2]

2. Statt „obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet"[3] hat das edictum perpetuum:

NON MINUS QUAM SEPTEM TESTIUM[4] SIGNIS SIGNATAE.[5]

3. Statt „si . . . ad me proferentur" hat das edictum perpetuum:

SI . . . EXTABUNT.[6]

Darin lag eine Erleichterung der früheren Voraussetzungen.[7]

4. Der ganze Satz „si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae" wurde als Generalrubrik schon vor die b. p. c. t. verpflanzt (s. S. 342) und daher ohne Zweifel hier nicht wiederholt, sondern bloß subintellegiert.[8]

5. Statt einfach „secundum tabulas" hieß es im Hadrianischen Edikt:

SECUNDUM SUPREMAS[9] TABULAS.

Abgesehen von obigen Punkten dürfte das Edikt wohl noch irgendeinen Zusatz erhalten haben, der es an die vorausgeschobene b. p. c. t. anknüpfte. Für die Annahme weiterer inhaltlicher Veränderungen oder Ergänzungen dagegen finde ich in den Quellen keinen Anhalt;[10] bloßes Referat über prätorische Praxis scheint mir[11] der Bericht Ulpians in fr. 1 § 8 h. t.:

exigit praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur . . .

Ulpian kommentiert hier wohl einfach die Worte „si tabulae testamenti extabunt". Vgl. Cic. ad fam. VII, 21, topic. c. 4 § 18.

[1] Über die Lesart possessionem (nicht hereditatem) vgl. Leist, Serie der Bücher 37. 38, I, 78. 434f.

[2] Vgl. Alibrandi, l. c. 75.

[3] Vgl. dazu Leist, a. a. O. 83.

[4] Das Edikt wird hinzugefügt haben: ciuium Romanorum. Ulp. XXVIII, 6.

[5] Gai II, 119, 147. Ulp. XXIII, 6. XXVIII, 6. Fr. 3 (38. 6), C. (6. 11) 2. Consult. uet. iurisc. VI, 18: secundum edicti formam testamentum obsignatum.

[6] h. t. 1 § 2. 11, rubr. (38. 6) u. (38. 6) 3.

[7] Auf bloß mündlich errichtete Testamente nahm das Edikt auch in seiner spätern Fassung keine Rücksicht. Vgl. C. h. t. 2, D. h. t. 8 § 4.

[8] In den Kommentaren findet sich hier keine Spur davon.

[9] (50. 16) 92, 163 pr., h. t. 1 § 1.

[10] Anders Kniep, Gai. inst. II², 179. Man wird aus fr. 4 h. t. nicht schließen dürfen, daß der Prätor sich auf das Material der Testamentsurkunde eingelassen habe. Ulpian wird das Wort charta bei irgendeinem der von ihm exzerpierten Juristen, etwa bei Julian, gefunden haben.

[11] A. M. Rudorff, EP § 153, Alibrandi, l. c. 83.

§ 150. DE BONIS LIBERTORUM[1]

Ulp. 42.[2] 43,[3] Paul. 42,[4] Gai. 15,[5] Iulian. 25.[6] 26.[7]
In diesem Edikt[8] unterscheide ich folgende Stücke:

1

Gai. III, 41:

... praetoris edicto ... (si) faciat testamentum li*b*ertus, iubetur ita testari, ut patrono suo[9] partem dimidiam *b*onorum suorum relinqua*t*, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio.

Erläutert bei Ulp. 42,[10] Paul. 42,[11] Iulian. 25.[12] Zur Geschichte des Edikts: Ulp. 42 h. t. 1.

Aus Ulpian erfahren wir auch noch einiges Nähere über den Inhalt des Edikts.

Fr. 3 § 5 h. t.:

Ut patronus contra tabulas bonorum possessionem accipere possit, oportet hereditatem aditam esse aut bonorum possessionem petitam.

Fr. 3 § 10 h. t.:

Totiens ad bonorum possessionem contra tabulas inuitatur patronus, quotiens non est heres ex debita portione institutus.[13]

Fr. 3 § 20 h. t.:

Debitam[14] autem partem eorum, quae cum moritur libertus habuit, patrono damus ... sed et si dolo malo fecit, quo minus haberet, hoc quoque uoluit praetor pro eo haberi atque si in bonis esset.

2

Paul. 8 ad Plaut. fr. 43 pr. (35. 1):

... patronus defuncti bonorum possessionem contra tabulas petierat et partem hereditatis, quae debebatur, abstulerat ...: praestatione fideicommissorum et legatorum heres exoneratur per praetorem[15] ...

Cf. (31) 77 § 29:[16] ... perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem releuandam ...

[1] D. (38. 2), C. (6. 4).
[2] h. t. 1, 3. Fr. 3 fälschlich Ulp. 41 inskribiert.
[3] h. t. 6, 8, (18. 1) 36, (18. 4) 17, (29. 2) 38, (38. 5) 4, (50. 16) 194.
[4] h. t. 4.
[5] h. t. 5, 7; (50. 17) 51? (kann auch zur b. p. s. t. gehören).
[6] h. t. 20; (18. 4) 19.
[7] h. t. 21.
[8] Ohne Zweifel gehört zu diesem Edikt Prob. Einsidl. 51: S. Q. M. M. M. M. M. = si quis manumis*sus* manumissa moritur.
[9] De patrona cf. Gai. III, 49. 50.
[10] h. t. 1, 3. Abschnitte des Kommentars: fr. 1 — fr. 3 pr. bis § 9 — fr. 3 § 10-19. — fr. 3 § 20.
[11] h. t. 4.
[12] h. t. 20 pr.-§ 3; (35. 1) 106 scheint falsch inskribiert (Iul. XXV statt XXXV).
[13] Ulp. 42 h. t. 3 § 11-19, vgl. auch h. t. 19 § 1.
[14] *scr.* dimidiam.
[15] *scil.* pro parte.
[16] Cf. Cuiac. opp. (ed. Neap.) IV, 1171.

3

Gai. III, 41:

. . . prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, se*d* etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti *sint, aut praeteriti con*tra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint: nam exheredat*i* nullo modo repellunt patronum.

Hierher Ulp. 43,[1] Iulian. 25.[2]

4

Paul. sent. III, 2 § 5 (fr. 20 [37. 14]):

. . . testamento facto decedente liberto potestas datur patrono uel libertatis causa imposita petere uel partis bonorum possessionem . . .

Theod. C. (6. 13) 2:[3]

Patronus liberti muneribus electis et operis contra tabulas bonorum possessione repellitur.

5

Papin. (38. 1) 41:

Libertus qui operarum obligatione dimissus est atque ita liberam testamenti factionem adsecutus est . . .

Paul. (50. 16) 53 pr.:

Cum . . . dicit praetor „SI DONUM MUNUS OPERAS[4] REDEMERIT“, si omnia imposita sunt, certum est omnia redimenda esse.

Vgl. Ulp. h. t. 37 pr., Paul. sent. II, 32, C. (6. 3.) 4.

Erläutert bei Ulp. 43,[5] Iulian. 25.[6]

6

Ulp. 43 h. t. 6 § 4:

Patronus patronique liberi,[7] si secundum uoluntatem mortui liberti hereditatem adierint legatumue aut fideicommissum petere maluerint, ad contra tabulas bonorum possessionem non admittuntur.

Vgl. Tryphon. eod. 50 § 1. 2: „uerbis edicti“, „fraudem edicto“.

Erläutert bei Ulp. 43,[8] Gai. 15.[9]

[1] h. t. 6 pr. § 2. 3; (29. 2) 38? vgl. etwa h. t. 20 i. f. Fr. 6 § 1 h. t. bezieht sich nicht auf das Edikt, sondern auf die lex Papia, vgl. Gai. III, 46, 47.

[2] h. t. 20 § 4-ult.

[3] Vgl. Schmidt, Pflichtteilsr. des Patrons 58f., Leist, Serie der Bücher 37. 38, V, 438 n. 41.

[4] Prob. Einsidl. 54: D. M. O. = donum munus operas.

[5] (18. 1) 36, (18. 4) 17, (50. 16) 194.

[6] (18. 4) 19.

[7] Von diesen war an dieser Stelle des Edikts noch nicht die Rede (vgl. § 152). Ulpian handelt von den liberi patroni ex professo erst in seinem lib. 44.

[8] h. t. 6 § 4, 8.

[9] h. t. 7.

7

Paul. 41 (37. 1) 6 pr.:

Sed cum patrono quidem contra tabulas *alterius*[1] partis bonorum possessionem praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis: conuenit non esse ius adcrescendi . igitur non petente scripto secundum tabulas alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur.

Erläutert (wahrscheinlich) bei Ulp. 43,[2] Iulian. 26.[3]

§ 151. SI QUID IN FRAUDEM PATRONI FACTUM SIT[4]

Ulp. 44, Paul. 42, Iulian. 26, Pomp. 83.

1. *FABIANUM*[5] *EDICTUM*

Ulp. 44,[6] Paul. 42,[7] Iulian. 26,[8] Pomp. 83.[9]

Ulp. 44 h. t. 1 pr.:[10]

Si quid ⟨mortis causa⟩ dolo⟨ue⟩ malo liberti ⟨alienatum aliudue quid⟩ factum esse dicetur, siue testamento facto siue intestato libertus decesserit, quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perueniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.

Der obige Satz enthält eine (paraphrastische?) Einleitung, die den Inhalt des Fabianischen und Calvisianischen Edikts zusammenfaßt.[11] Im Kommentar Ulpians erscheinen die beiden Aktionen getrennt; die Caluisiana actio, die zuvor nur einmal — in fr. 1 § 11 h. t. — gelegentlich erwähnt wird, ist erst von fr. 3 § 3 ab Gegenstand des Kommentars.

Die formula Fabiana[12] war nach dem fr. de form Fab. § 1 in factum konzipiert[13] — Kondemnationsbedingung war die Tatsache der mortis causa oder fraudulos erfolgten Veräußerung[14] — und arbitraria.[15] Die ausdrückliche Warnung Ulpians in fr. 1 § 26 h. t. „haec actio in personam est, non in rem"

[1] *D.:* certae.

[2] (38. 5) 4 § 1. Fr. 4 pr. ist jedenfalls nur eine irgendwo gemachte gelegentliche Bemerkung. Vgl. § 151.

[3] h. t. 21.

[4] D. (38. 5), C. (6. 5).

[5] Zur Schreibung des Namens: Mommsen, Dig. II, 341 n. 2, Leist, S. der Bücher 37. 38, V, 539 n. 37. Vgl. jetzt fragm. de form. Fab. § 3. 7.

[6] h. t. 1, 3 pr.–§ 2, (38. 2) 10 pr. cf. h. t. 1 § 5, (50. 17) 52 cf. h. t. 1 § 7. 8.

[7] h. t. 5, (50. 17) 53.

[8] h. t. 6, 8, cit. h. t. 1 § 6.

[9] cit. h. t. 1 § 14. 27.

[10] Wegen der Ergänzungen des Texts vgl. Lenel, Festg. Sohm 216.

[11] Der Zwischensatz „siue . . . decesserit" sachlich richtig, paßt nicht an diese Stelle.

[12] Paul. sent. III, 3, fr. de form. Fab. § 3. 7.

[13] Vgl. schol. in Basil. XXII, 1, 6 u. XLII, 1, 16 § 6 (Heimb. II, 466, IV, 201). So auch schon Rudorff, EP § 155, Alibrandi, opp. I, 88, u. a. m. Die Unmöglichkeit reszissorischer Fassung ergeben verschiedene Anwendungen der actio (fr. 1 § 13. 18. 19 h. t.).

[14] Fr. de form. Fab. § 1: *licet ita concipiatur formula, quasi ex delicto uenerit liberti*. § 6: nam in formula ita est: mortis causa *doloue* (hodie *Ms.*) malo. Vgl. Ulp. 44 h. t. 1 § 1–4.

[15] Vgl. fr. de form. Fab. § 1, Paul. 42 h. t. 5 § 1.

läßt vermuten, daß die Fassung den Gedanken, die actio contra quemcunque possidentem zu erheben, nahelegte. Das „cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit" deutet darauf, daß bei der Fassung der Formel das prätorische Ermessen eine Rolle spielte, wie das bei der großen Verschiedenartigkeit der hier in Betracht kommenden Fälle auch kaum anders sein konnte.

2. *CALUISIANUM EDICTUM*

Ulp. 44.[1]

Ulp. 44 h. t. 3 § 3:

Si intestatus libertus decesserit, patronus adeundo hereditatem eius reuocat per Caluisianam actionem[2] ea quae alienata sunt dolo malo, quo minus pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosue eius perueniret . . .

Die Formel war in factum konzipiert[3] und ohne Zweifel auch sonst der Fabiana ähnlich.

§ 152. *DE LIBERIS PATRONI*

Ulp. 44,[4] Gai. 15,[5] Iulian. 26.[6]

Gai. III, 45. 46:

Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni,[7] item de ne*po*te *e*x filio (*et de*) pronepo*te ex nepot*e *fil*io nato pro*gn*ato . . . pr*aetor autem nonnisi uirilis* sex*us* patronorum liber*os uocat.*[8]

Iulian. 26 (38. 2) 13:

Filius patroni exheredatus[9] . . . bonorum possessionem contra tabulas paternorum libertorum accipere non potest.

§ 153. *QUIBUS BONORUM POSSESSIO LIBERTI NON DATUR*

Ulp. 45,[10] Paul. 42,[11] Iulian. 26.[12]

Ulp. 45 (38. 2) 14 pr.:

Qui, cum maior natu esset quam uiginti quinque annis, libertum ⟨paternum⟩[13] capitis accusauerit[14] aut in seruitutem petierit,[15] remouetur[16] a contra tabulas bonorum possessione.

[1] h. t. 3 § 3-ult.
[2] h. t. 1 § 11, 2, (5. 3) 16 § 6, (37. 14) 16 pr. C. h. t. 2.
[3] Vgl. die S. 352 n. 13 zit. Scholien: ἴμφακτοι δὲ αὗται.
[4] (38. 2) 10 § 1, 12.
[5] eod. 5.
[6] eod. 11, 13.
[7] Ulp. 44 eod. 12 § 7, Gai. 15 eod. 5.
[8] Dem Sinn nach sicher: vgl. Gai. III, 47 i. f., Ulp. XXIX, 5.
[9] Ulp. 44 eod. 10 § 1, 12 pr.-§ 6, Iulian. 26 eod. 11, 13.
[10] (38. 2) 14, 16, (38. 8) 6, (28. 1) 9 cf. (38. 2) 14 § 8.
[11] (38. 2) 9.
[12] (29. 2) 41, cit. eod. 40, 42 pr. Vgl. hierzu (38. 2) 16 § 5.
[13] Vgl. (37. 14) 9 § 1, (38. 2) 14 § 4-11.
[14] Ulp. 45 (38. 2) 14, vgl. (37. 14) 10 pr., (38. 2) 51.
[15] Ulp. 45 eod. 16 pr.-§ 3, Paul. 42 eod. 9.
[16] Ulp. 45 eod. 16 § 4.

Ulp. 45 eod. 16 § 5:

Si quis bonorum possessionem contra tabulas liberti acceperit, ab omni liberti iudicio repellitur.[1]

Möglich, daß die in § 150 unter 4. erwähnte Klausel nicht dorthin, sondern hierher gehört.

§ 154. SI A PARENTE QUIS MANUMISSUS SIT[2]

Ulp. 45,[3] Gai. 15.[4]

Ulp. 45 h. t. 1 pr.:

Emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti patiatur exitum.

Ulp. 45 h. t. 1 § 1:

Enumerantur igitur edicto personae manumissorum sic: IN EO QUI A PATRE AUOUE PATERNO PROAUOUE PATERNI AUI PATRE.

Zu ergänzen ist etwa:

manumissus moritur, idem ius seruabo atque si ex seruitute manumissus esset.[5]

Nach § 6 I. (1. 12) ist zu vermuten, daß der Wortlaut des Edikts auch auf die manumissa Rücksicht nahm: *in eo eaue . . . manumissus manumissa moritur.*[6]

Das Edikt wurde übrigens in mehr als einer Beziehung einschränkend interpretiert. Vgl. Ulp. 45 h. t. 1 § 5, Gai. 15 h. t. 2.

§ 155. DE BONORUM POSSESSIONE EX TESTAMENTO MILITIS[7]

Ulp. 45,[8] Paul. 43,[9] Gai. 15,[10] Iulian. 27.[11]

Gai. 15 (29. 1) 2:

De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime nouit ex constitutionibus principalibus[12] propria atque singularia iura in testamenta eorum obseruari.[13]

Der Inhalt des Edikts dürfte wohl einfach die Verheißung gewesen sein, aus dem nach Maßgabe der kaiserlichen Konstitutionen gültigen testamentum militis bonorum possessio erteilen zu wollen.

[1] Ulp. 45 eod. 16 § 5 ff. Daß hier ediktale Satzung vorliegt, geht namentlich aus fr. 16 § 8 eod. hervor.

[2] D. (37. 12).

[3] h. t. 1.

[4] h. t. 2.

[5] Vgl. h. t. 1 § 2, I. (1. 12) § 6; s. auch Gai. epit. I, 6 § 3.

[6] Vgl. Prob. Einsidl. 51 (S. Q. M. M. M. M. M. = si quis manumiss*us* manumissa moritur), s. S. 350 n. 8.

[7] D. (37. 13).

[8] Fr. un. h. t., (29. 1) 1, 11, 13, 15, 42, 44, (26. 2) 22 cf. (29. 1) 13 § 3, (49. 17) 8.

[9] (29. 1) 16.

[10] (29. 1) 2, 17.

[11] eod. 20, (1. 3) 15, cit. (39. 6) 15, (35. 1) 20 cf. (29. 1) 29 § 2.

[12] Vgl. Ulp. 45 (29. 1) 1 pr.

[13] Eine der zahlreichen paraphrastischen Einleitungen. Für itp. hält die Motivierung schon v. Velsen, SZ 21, 145.

B. SI TABULAE TESTAMENTI NULLAE EXTABUNT[1]

Ulp. 46. 47, Paul. 43, Gai. 16, Iulian. 27.

Ulp. *46*[2] h. t. 1 pr.:

> Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos . . .

Auf obige Generalrubrik gehen: Ulp. *46* h. t. 1 pr.–§ 4, (28. 3) 11, (29. 2) 39, vgl. noch Ulp. h. t. 3, Modestin. (38. 15) 1 § 1.

Zur Reihenfolge der hierhergehörigen Klauseln vgl. I. (3. 9) § 3, Ulp. *46* h. t. 1 § 1.

§ 156. *UNDE LIBERI*[3]

Ulp. 46,[4] Iulian. 27.[5]

Ulp. *46* h. t. 1 § 5:

> Recte autem praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis.

Paul. h. t. 4:

> Liberi et capite minuti[6] per edictum praetoris ad bonorum possessionem uocantur parentium, nisi si adoptiui fuerint.

Coll. XVI, 7 § 2:

> Suis praetor solet emancipatos liberos itemque ciuitate donatos[7] coniungere.

Diocl. et Max. C. (6. 20) 9:

> . . . ab intestato . . . ad successionem paternam uenientem ad collationem forma edicti perpetui[8] certo iure prouocat.

Vgl. noch (37. 7) 1 § 8.

Die Bezeichnung der Klausel als „*unde liberi*" und die entsprechende der folgenden Klauseln gehört nicht dem Edikt, sondern der Jurisprudenz an.[9]

Als eine Ausnahme mag an dieser Stelle die b. p. intestati des Patrons contra suos non naturales vorgesehen gewesen sein,[10] Gai. III, 41:

> Si uero intestatus moriatur (libertus) suo herede relicto adoptiuo filio *uel* uxore, quae in manu ipsius esset, uel nur*u*, quae in manu filii eius fuerit, dat*ur* aeque patrono aduersus hos suos heredes partis dimidiae bonorum possessio.

Ulp. XXIX, 1.

[1] D. (38. 6).
[2] Die Inskription Ulp. 44 ist unzweifelhaft falsch.
[3] D. (38. 6), C. (6. 14).
[4] h. t. 1 § 5-ult., (29. 4) 23.
[5] h. t. 2, cit. (37. 9) 1 § 11.
[6] h. t. 5 § 1, I. (3. 1) § 9.
[7] Gai. III, 20. 26.
[8] Tryphon. (37. 4) 20 § 1: . . . ex illa parte edicti, qua intestato patre mortuo emancipatus ad bonorum possessionem admissus ad collationem compellitur . . .
[9] Vgl. z. B. Iulian. h. t. 2: ex illa parte edicti, unde legitimi uocantur. Tryphon. (37. 4) 20 § 1: ex hac parte . . ., unde c. t. accepit b. p^em. Übereinstimmend Rudorff, EP § 159 n. 2, dessen eigene daselbst gegebene Fassung der Klausel aber viel zu summarisch ist. Vgl. § 142.
[10] So vermutet Alibrandi, opp. I, 92.

§ 157. *UNDE LEGITIMI*[1]

Ulp. 46,[2] Paul. 43,[3] Iulian. 27.[4]

Iulian. 27 h. t. 1:

Haec uerba edicti: TUM QUEM EI HEREDEM ESSE OPORTERET, SI INTESTATUS MORTUUS ESSET[5] . . .

Dieser Klausel war die Klausel *UNDE DECEM PERSONAE* als Ausnahme angehängt, die daher bei Ulp. XXVIII, 7 — anders als in § 3. 5 I. (3. 9) — keine besondere Klasse bildet. Über sie berichten Ulpians Institutionen (coll. XVI, 9 § 2):

Quodsi is, qui decessit, liber fuit ex (*mancipio citra*) remancipationem[6] manumissus, lex quidem duodecim tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit: sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum[7] ei praetulit has: patrem matrem, filium filiam, auum auiam, nepotem neptem, fratrem sororem . . .

Von den Kommentaren hierzu ist nichts erhalten.[8]

§ 158. *UNDE COGNATI*[9]

Ulp. 46,[10] Gai. 16,[11] Iulian. 27.[12]

§ 3 I. (3. 9):

. . . praetor . . . dat bonorum possessionem . . . quarto[13] cognatis proximis[14] . . .

Cf. Ulp. XXVIII, 7.

Ulp. 46 h. t. 1 § 3:

Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas sobrino et sobrina natum et natam.

Cf. I. (3. 5) § 5.

Zur Geschichte der Klausel vgl. Cic. de part. orat. c. 28 § 98, pro

[1] D. (38. 7), C. (6. 15). Erwähnt wird diese Klausel auch in den Papyri Oxyrrh. 1201 und Giss. SZ 32, 378.

[2] h. t. 2, (38. 16) 5, (50. 17) 54 — iniurecessio hereditatis (a. M. Rudorff, EP § 160).

[3] h. t. 3, (38. 2) 18 cf. Gai. III, 45, 53, Ulp. XXVII, 1.

[4] h. t. 1, 4, cit. (38. 2) 22.

[5] Cic. in Verr. II[1], c. 44 § 114. Ungenaue Relation (tum quem ei heredem esse oportet) in h. t. 4, (38. 14) 1 § 2, (50. 16) 227 pr. Vgl. Leist, S. der Bücher 37. 38, I, 81 f., 102 f., 109 f.

[6] C. Berol.: ex remancipationem. Der Sinn ist zweifellos, mag man nun die korrupte Lesart nach Huschke wie oben, oder anders verbessern.

[7] Vgl. außer den im Text angef. Stellen noch C. (5. 9) 1 § 3.

[8] Vgl. aber (38. 17) 5 § 2 und dazu Alibrandi, l. c. 93.

[9] D. (38. 8), C. (6. 15). Vgl. auch die epist. Hadriani BGU nr. 140: ἐξ ἐκείνου τοῦ μέρους τοῦ διατάγματος, οὗ καὶ τοῖς πρὸς γένους συγγενέσι δίδοται.

[10] h. t. 1, (38. 10) 2. Priscian. III, 21.

[11] h. t. 2.

[12] h. t. 3, (29. 4) 21.

[13] S. § 157.

[14] Paul. (38. 10) 10 pr. Cognatis: Ulp. 46 h. t. 1 § 1–4. Proximis: h. t. 1 § 5–8. Ulp. 46 h. t. 1 § 10: gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem.

Cluentio c. 60 § 165, dazu Leist, S. der Bücher 37. 38, I, 63 f. Über ihre vermutliche, aber nicht erweisliche Formulierung s. Alibrandi, opp. I, 94.

§ 159. *UNDE FAMILIA PATRONI*

Ulp. 46,[1] Gai. 16,[2] Iulian. 27.[3]

I. (3. 9) § 3:

> . . . praetor . . . dat bonorum possessionem . . . quinto tum quam ex familia[4] . . .

Ulp. XXVIII, 7:

> quarto familiae patroni . . .

cf. Coll. XVI, 9 § 1.

Die Lesart „tum quam" in § 3 I. cit. ist unmöglich. Andere Handschriften haben „tum qua". Theophilus las „tamquam" (ὡσανεί). Cujaz konjiziert „tum quem", und dafür spricht, daß Ulp. 46 unmittelbar vor der Erörterung der Bedeutung von familia in fr. 195 pr. de V. S. sagt:

> Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.

Auf Rekonstruktion des Ediktwortlauts ist um so mehr zu verzichten,[5] als bekanntlich schon der materielle Inhalt der Klausel überaus bestritten und zweifelhaft ist.[6] In letzterer Beziehung muß ich mir an diesem Ort alle Polemik versagen und beschränke mich zur Klarstellung meines eigenen Standpunkts auf folgende Bemerkungen.

1. In unserer Klasse waren zweifellos berufen: der Patron,[7] die Patronin und die liberi des Patrons, nicht aber der Patronin.[8]

2. Unserer Klasse mangelt die Legalunterlage: sonst wäre sie in der Klasse unde legitimi inbegriffen gewesen. Da nun der Patron, die Patronin und die Kinder des Patrons zweifellos ziviles Intestaterbrecht haben,[9] also in der Klasse unde legitimi berufen sind, so folgt, daß der Prätor, wenn er sie hier zum zweitenmal beruft, jetzt von gewissen zivilrechtlichen Voraussetzungen abgesehen haben muß, die in der Klasse unde legitimi maßgebend waren. Dabei denkt man sofort an den Einfluß der capitis deminutio. Der patronus capite minutus und die emanzipierten Kinder

[1] (50. 16) 195. Vgl. schon Wieling, iurisprud. restit. (1727) 24.

[2] eod. 196.

[3] (38. 2) 23.

[4] Ulp. 46 (50. 16) 195 § 1-ult., Gai. 16 eod. 196.

[5] Die Unmöglichkeit der Rekonstruktionen von Huschke, Studien d. r. Rts. 105, und Rudorff, EP § 163ª, dürfte leicht zu erweisen sein. Ich habe keinen Zweifel darüber, daß auf das Tum quem ex familia eine Fiktion folgte, dem Sinne nach: tum quem ex familia patroni heredem esse oporteret, si capite deminutus non esset.

[6] Vgl. statt vieler: Huschke, a. a. O. 94ff., Leist, S. der Bücher 37. 38, V, 359ff., Alibrandi, l. c. 95.

[7] Gai. 16 (50. 16) 196 pr.: familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Man beachte die Inskription.

[8] Gai. 16 eod. 196 § 1: feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia, qui nascuntur, patris familiam sequuntur. Zum Sprachgebrauch vgl. noch (38. 2) 37 pr., 50 § 5, (38. 4) 5 pr.

[9] Gai. III, 40. 49. 45. 46, Ulp. XXIX, 1. 4. 5.

des Patrons waren zur hereditas legitima liberti und also auch zur b. p. unde legitimi nicht berufen. Der Prätor hat aber zweifellos beide berufen,[1] und wo anders sollte er dies getan haben als eben in der Klasse tum quem ex familia?[2] Hat nun aber der Prätor einmal den Weg der rescissio capitis deminutionis betreten, in unserer Klausel neben der wirklichen auch die fingierte familia patroni berufen, so ist es:

3. überaus wahrscheinlich, daß er hier auch des parens manumissor des Patrons gedachte, der ja nur infolge der capitis deminutio des Patrons nicht zu dessen familia i. e. S. gehört, und für diese Vermutung spricht entscheidend die in § 160 zu betrachtende Klausel:[3] denn wie konnte der Prätor die parentes patroni patroni berufen, wenn er nicht zuvor den parentes patroni Erbrecht gewährt hätte?

Nur nebenbei sei bemerkt, daß in unserer Klasse, ganz wie in der Klasse Unde cognati, sukzessive Berufung stattgefunden zu haben scheint.[4] Auch hierin läge ein Gegensatz zur Klasse Unde legitimi.[5]

§ 160. *UNDE PATRONUS PATRONI*

§ 3 I. (3. 9):[6]

> ... praetor ... dat bonorum possessionem ... sexto patrono et patronae (patroni patronae *ins.?*) liberisque eorum et parentibus.

Ulp. XXVIII, 7:

> quinto patrono patronae, item liber*is* *parentibus*ue patroni patronaeue.

Coll. XVI, 9 § 1:

> Post familiam patroni uocat praetor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronae.

Vgl. auch C. (6. 4) 4 § 23.

Auch der Inhalt dieser Klausel ist bekanntlich überaus bestritten.[7] M. E. sind hier berufen:

1. Patronus patronaue patroni patronae.
2. Die liberi und parentes dieses zweiten Patrons.

Liberi und parentes aber sind hier nur die agnatischen oder bloß durch capitis deminutio von der Agnation ausgeschlossenen Deszendenten und

[1] Iulian. 27 (38. 2) 23 pr., Pompon. eod. 2 § 2, arg. (38. 4) 3 § 4. 5, C. (6. 4) 4 § 23. Über diese c. vgl. Huschke, a. a. O. 74 n. 11.

[2] Bei Iulian. 27 fr. 23 pr. cit. sind die Worte „ut legitimus" eine m. E. handgreifliche Interpolation. So auch schon Förster in ZfgeschRW 5, 61 n. 14.

[3] Dagegen darf der in c. 4 § 23 (6. 4) gebrauchte allgemeine Ausdruck „τοὺς ἐξ ἀρρενογονίας αὐτοῦ συγγενεῖς" nicht als unterstützender Beweis für obige Hypothese angeführt werden. S. Huschke a. a. O.

[4] Arg. Iulian. 27 (38. 2) 23 § 1: nepotes non admittentur, quamdiu filius esset.

[5] Wenigstens nach der richtigen und auch wohl herrschend gebliebenen Ansicht. Gai. III, 28, I. (3. 2) § 7.

[6] Das Referat in I. eod. § 6 (5) ist zweifellos mißverständlich.

[7] Vgl. Leist, a. a. O. 363 ff., Alibrandi, opp. I, 96.

Aszendenten,[1] m. a. W. die familia des zweiten Patrons im Sinne der Klasse tum quem ex familia.[2]

§ 161. *UNDE UIR ET UXOR*[3]

Ulp. 47.[4]

§ 3 I. (3. 9):

. . . praetor . . . dat bonorum possessionem . . . septimo uiro et uxori.

Cf. Ulp. XXVIII, 7. Coll. XVI, 8 § 1.

§ 162. *UNDE COGNATI MANUMISSORIS*

Ulp. 47.[5]

§ 3 I. (3. 9):

. . . praetor . . . dat bonorum possessionem . . . octauo cognatis manumissoris.

Ulp. XXVIII, 7:

cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet.[6]

Cf. Coll. XVI, 9 § 1.

Der Patron war anscheinend auch hier wieder mitberufen,[7] arg. Ulp. 47 (38. 2) 17.

§ 162a. *DE POSTUMIS*

Ulp. 47.[8]

Schol. 1 in Basil. XXXIX, 1, 6 (Heimb. IV, 5):

μετά τὴν οὔνδε ἴουρε (uir et uxor *scr.*)[9] *διακατοχὴν ἐπήγαγεν ὁ πραίτωρ καὶ εἶπεν οὕτως· ἐπὶ πασῶν δὲ τούτων τῶν διακατοχῶν, ἐὰν ἐμπέσῃ ποστ(ούμου) πρόσωπον, τεχθέντος μὲν αὐτοῦ, δίδωμι τὴν ἁρμόττουσαν διακατοχήν· ἐφ' ὅσον δὲ κυοφορεῖται, πέμπω αὐτὸν εἰς νομὴν τὴν λεγομένην οὐέντρις νόμινε.*

Die Richtigkeit dieses Referats über ein sonst nicht überliefertes Edikt[10] wird durch die angeführte Stelle aus Ulp. 47 bestätigt.

[1] A. M. Leist, a.a.O. 374, dessen Ansicht ich im übrigen folge.

[2] Auffallend ist hierbei in § 3 I. cit. das liberisque eorum, da nach dem Edikt die Kinder der Patronin nicht zur b. p. berufen waren, um so weniger also die Kinder der patrona patroni. Das Edikt hatte wohl das Wort eorum nicht, das auch bei Ulp. l. c. und in der coll. fehlt. Da aber die lex Papia dem patronae filius Anrecht auf die bonorum possessio gab — Gai. III, 53 —, so erklärt es sich leicht, daß die Interpreten seitdem das Wort liberos in unserer Klausel auch auf den filius patronae bezogen. Siehe auch Paul. 43 (38. 2) 18.

[3] D. (38. 11), C. (6. 18).

[4] h. t. 1.

[5] (38. 2) 17.

[6] Fr. Vat. 301.

[7] Anders, m. E. irrig, Alibrandi l. c. 99.

[8] Fr. 7 (37. 9).

[9] Trotz dieser ausdrücklichen Angabe wird die Klausel de postumis erst hinter § 162 zu setzen sein. Der Scholiast berücksichtigt die b. p. liberti nicht. So richtig Moriaud, simple fam. pat. 152[158]. Anders EP[2].

[10] Erst Alibrandi, l. c. 99, hat auf obiges schol. aufmerksam gemacht.

C. CLAUSULAE GENERALES

Ulp. 48. 49, Paul. 44, Gai. 17, Iulian. 28.

§ 163. QUIBUS NON COMPETIT BONORUM POSSESSIO[1]

Ulp. 48,[2] Paul. 44,[3] Iulian. 28.[4]

Soweit aus den Quellen ersichtlich, versagt der Prätor in drei Fällen die b. p.[5]

1

Afric. (37. 1) 13:

> Edicto praetoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt[6] neque in integrum restituti sunt.

2

Aus Ulp. 48 (29. 6) 1, Paul. 44 eod. 2, Iulian. 28 h. t. 1 erhellt, daß demjenigen, der einen andern dolos an Errichtung oder Veränderung eines Testaments verhinderte (cuius dolo malo factum erit, quo minus . . .) vom Prätor die b. p. versagt wurde, und zwar nach ausdrücklicher Ediktvorschrift.[7] Nach der rubr. D. (29. 6), C. (6. 34) „si quis aliquem testari prohibuerit uel coegerit", die vielleicht aus dem Album stammt, steht zu vermuten, daß von demjenigen, der zur Errichtung eines Testaments gezwungen hatte, ein gleiches galt.[8]

3

Ulp. 48 (37. 1) 12 § 1:

> Ubicunque lex uel senatus uel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.

§ 164. UT EX LEGIBUS SENATUSUE CONSULTIS BONORUM POSSESSIO DETUR[9]

Ulp. 49,[10] Gai. 17.[11]

Ulp. 49 h. t. 1 pr.:

> Praetor ait: UTI ME QUAQUE LEGE SENATUS ⟨UE⟩ CONSULTO BONORUM POSSESSIONEM DARE OPORTEBIT, ITA DABO.[12]

Auf diesem allgemeinen Edikt und nicht etwa auf einem Spezialedikt —

[1] D. (38. 13).

[2] (29. 6) 1, (37. 1) 12, (48. 19) 2.

[3] (29. 6) 2.

[4] h. t. 1.

[5] Zur Geschichte cf. Val. Maxim. VIII, 7 § 6. 7.

[6] Ulp. 48 (48. 19) 2.

[7] Vgl. Iulian. l. c.: hic casus uerbis edicti non continetur.

[8] Vgl. auch c. 1 tit. cit.: „ciuili disceptationi", wo aber der Passus uel quoslibet *fin.* unecht ist (Schulz, SZ 43, 190). Über die Streitfrage s. die Literatur bei Windscheid, Pand. III, § 548 n. 2. Vgl. Lenel, SZ 10, 71 f.

[9] D. (38. 14).

[10] h. t. 1, (38. 3) 1, vgl. Ulp. XXII, 5.

[11] (7. 1) 56 ict. Ulp. 49 (38. 3) 1.

[12] Vgl. Paul. 41 (37. 1) 6 § 1 i. f., I. (3. 9) § 8 [7].

vgl. namentlich (38. 3) 1 § 1 — beruhte auch die b. p. der Munizipien am Nachlaß der Munizipalfreigelassenen. Daher kann Ulp. 39 (37. 1) 3 § 4:

> sed et si nemo petat uel adgnouerit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto . . .,

kann dies nicht von einem besondern Edikt verstanden werden. Wahrscheinlich ist der nach Inhalt und Form gleich verdächtige Satz ein Produkt der Kompilatoren.

§ 165. QUIS ORDO IN POSSESSIONIBUS SERUETUR[1]

Ulp. 49,[2] Paul. 44,[3] Iulian. 28.[4]

Ulp. 49 (38. 9) 1 § 10:

> Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit[5] aut in diebus statutis non admiserit,[6] tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.[7]

Ohne Zweifel entspricht dieser Bericht ziemlich wortgetreu dem Wortlaut des Edikts selber (vgl. die Noten). Statt diebus statutis wird es geheißen haben „intra dies centum quibus scierit potueritque“:[8] die den parentes und liberi gewährte längere Frist von einem Jahr scheint in einem besondern Zusatz am Schluß des successorium edictum festgestellt gewesen zu sein.[9]

Tit. XXVI

DE TESTAMENTIS[10]

Ulp. 50, Paul. 45. 46, Gai. 17, Gai. 1. 2 de testamentis ad edict. pr. urb., Iulian. 29–31.

Gaius und Julian knüpfen an diese Rubrik die allgemeine Lehre von den Testamenten; es gehören hierher die in den Noten angeführten Stellen aus Gai. 17[11] und Gai. de test. ad ed. pr. urb. lib. 1,[12] sowie das ganze 29. und

[1] D. (38. 15). Dies war wohl die Rubrik des „successorium edictum“, vgl. Papin. (38. 9) 2 „beneficium edicti successorii“, Paul. 44 (22. 6) 1 § 3: „ex successorio capite“.

[2] (38. 9) 1, (38. 15) 2.

[3] (22. 6) 1, (38. 15) 3.

[4] (38. 15) 4.

[5] Ulp. 49 (38. 9) 1 § 1–7, Iulian. 28 (38. 15) 4 pr. ⌈(22. 6) 1.

[6] Ulp. 49 eod. 1 § 8. 9, (38. 15) 2, Paul. 44

[7] eod. 1 § 11, vgl. auch Pompon. (38. 2) 2 pr., Ulp. XXVIII, 11, I. (3. 9) § 10 [5].

[8] Ulp. 49 eod. 1 § 8. 9, dazu (38. 15) 2.

[9] Ulp. 49 eod. 1 § 12-ult.

[10] v. Velsen, SZ 21, 81 n. 3 nimmt an, die beiden Materien „de testamentis“ und „de legatis“ seien im Album in einen Titel zusammengefaßt gewesen.

[11] (28. 1) 6, 8, (28. 2) 30, (28. 5) 31.

[12] (28. 5) 32, (35. 1) 16.

30. Buch[1] Julians, wo daher überall ein Zusammenhang mit bestimmten Ediktklauseln nicht zu suchen ist.

§ 166. *DE CONDICIONE IURISIURANDI*[2]

Ulp. 50,[3] Paul. 45,[4] Gai. de test. ad ed. pr. urb. lib. 2,[5] Iulian. 31.[6]

Ulp. 50 h. t. 8 pr.:

> . . . uoluit (praetor) . . . eum, cui sub iurisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi condicio inseritur . . .

Cf. Marcell. fr. 29 § 2 (29. 1).

Das Edikt bezog sich nur auf zivilrechtliche testamentarische Verfügungen, d. h. Erbeinsetzungen und Legate;[7] seine Anwendung auf Fideikommisse und mortis causa donationes beruht auf Interpretation.[8]

Nicht im Edikt stand der Satz, den Ulp. 50 h. t. 8 § 6 vorträgt:

> . . . actiones hereditarias[9] non alias habebit, quam si dederit uel fecerit id quod erat iussus iurare . . .

Arg. Iulian. (35. 1), 26 pr.

Zur Geschichte des Edikts vgl. Cic. in Verr. II[1] c. 47 § 123. 124, Iauolen. (29. 2) 62 pr., dazu Pernice, Labeo III, 50f., Messina Vitrano, a. a. O. 21 f.

§ 167. TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR INSPICIANTUR ET DESCRIBANTUR[10]

Ulp. 50,[11] Paul. 45,[12] Gai. 17,[13] Iulian. 31.[14]

I

Paul. sent. IV, 6 § 1 (vgl. III, 5 § 17):

> Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes uel maxima

[1] Falsch zitiert ist Iulian. 30 statt 35 in (7. 1) 23 pr., (7. 2) 8 (cf. Vat. 87), wahrscheinlich auch in (36. 2) 20 statt 37.

[2] Vgl. rubr. D. (28. 7), C. (6. 25) de condicionibus institutionum. Im Album kann diese Rubrik nicht wohl gestanden haben, da das Edikt ja nicht de condicionibus, sondern nur von der einen condicio iurisiurandi handelte.

[3] (28. 7) 8, (40. 4) 12.

[4] (28. 7) 9.

[5] (28. 5) 33: Einleitung (von den Bedingungen bei Erbeinsetzungen überhaupt.

[6] cit. (40. 4) 12 § 2.

[7] Auch auf Legate? Bezweifelt von Pernice, Labeo III, 49f., de Ruggiero bull. 16, 180, Messina-Vitrano, la displ. rom. (1922) 19. Ich vermute, daß das Edikt weder Erbeinsetzungen noch Legate ausdrücklich nannte. So erklärt sich (28. 7) 8 § 1. In dem allerdings paraphrastischen Bericht fr. 8 pr. (Beseler IV, 142) ist nur von „relictum esse“ die Rede.

[8] Vgl. Ulp. 50 h. t. 8 § 1–3.

[9] Vgl. Gai. (36. 1) 65 [63] § 9.

[10] D. (29. 3), C. (6. 32).

[11] h. t. 2, 4, 6, 8, (2. 15) 1 cf. Gai. 17 h. t. 1 § 1, (22. 4) 6.

[12] h. t. 9, (50. 1) 5. Cf. Paul. sent. IV, 6 § 2[a].

[13] h. t. 1, 3, 7, (2. 15) 6 = h. t. 1 § 1; fr. 7 h. t. ist fälschlich Gai. 7 inskribiert.

[14] (35. 1) 21, cit. (29. 2) 6 § 4 vgl. Ulp. XVII, 1.

pars eorum adhibeatur, qui signauerint testamentum: ita ut agnitis signis rupto lino aperiatur et recitetur atque ita describendi exempli fiat potestas ac deinde signo publico obsignatum in archiuum redigatur . . .[1]

Paul. sent. IV, 6 § 2ª:

Qui aliter aut alibi, quam ubi lege praecipitur, testamentum aperuerit recitaueritue, poena sestertiorum quinque milium tenetur.

Da, wie aus der zweitangeführten Stelle hervorgeht, die Vorschriften über die Testamentseröffnung auf lex — die lex Iulia uicesimaria — zurückgehen, so muß dahingestellt bleiben, wie viel an den von Paulus mitgeteilten Rechtssätzen dem Edikt zuzuweisen ist.[2]

Wenn, was durchaus ungewiß, der missio ex edicto Diui Hadriani im Album gedacht gewesen sein sollte, so würden wir die betreffende Klausel uns im Anschluß an die Vorschriften über die Testamentseröffnung proponiert vorzustellen haben.[3] Eine Spur davon findet sich nicht.

2

Gai. 17 h. t. 1 pr.:

Omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere uel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur. . . .

Ulp. 50 h. t. 2 § 6:

Diem autem et consulem tabularum non patitur praetor describi uel inspici.

Der Fassung des Edikts sehr nahe scheinen mir Ulpians Worte in fr. 2 § 4 h. t.:

cuius quis quod ad causam testamenti pertinet[4] inspici describique postulat.

Ob der in c. 3 h. t. erwähnte Kalumnieneid des Postulanten auf Edikt oder auf Praxis beruhte, steht dahin.

§ 168. SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI AB INTESTATO POSSIDEAT HEREDITATEM[5]

Ulp. 50,[6] Paul. 45,[7] Gai. 17,[8] de test. ad ed. pr. urb. lib. 2,[9] Iulian. 31.[10]

[1] Zu den Formen der Testamentseröffnung vgl. das Protokoll in Spangenberg, tab. neg. 95f., Savigny, verm. Schr. III, 122f. S. ferner BGU nr. 361 col. II, lin. 10f.

[2] Das Recht der Testamentseröffnung wird übrigens in den Ediktkommentaren erörtert: Ulp. 50 h. t. 4, 6, 8, (22. 4) 6, Paul. 45 h. t. 9, (50. 1) 5, Gai. 17 h. t. 1 § 2, 7. Paul. IV, 6 § 2ª geht vielleicht auf eine prätorische Popularklage zurück.

[3] Vgl. die Aufeinanderfolge der Titel (6. 32), (6. 33) im C., und s. auch Paul. sent. III, 5 § 17, C. (6. 33) 3.

[4] Vgl. Ulp. 50 h. t. 2 § 2, C. h. t. 3. Siehe auch fr. 3 § 18 (29. 5), fr. 1 pr. (43. 5).

[5] D. (29. 4), C. (6. 39). Die Worte „uel alio modo“, die in der Digestenrubrik hinter „intestato“ stehen, sind dem Album fremd.

[6] h. t. 1, 4, 6, 8, 10, 12, (45. 1) 50 cf. h. t. 1 § 12.

[7] h. t. 9.

[8] h. t. 13, 15, 17, 19.

[9] h. t. 14, 16, 18, (50. 17) 55.

[10] h. t. 22, (30) 18; (26. 8) 14 ist falsch inskribiert (XXXI statt XXI).

Ulp. 50 h. t. 1 pr.:

Praetor . . . eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemue eius possident ad hoc, ut eos circumueniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur.

Der Wortlaut des Edikts läßt sich aus Ulpians Kommentar mit ziemlicher Sicherheit rekonstruieren:

Si quis omissa causa testamenti[1] *ab intestato hereditatem partemue eius possidebit*[2] *doloue malo fecerit, quo minus possideret,*[3] *causa cognita*[4] *de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset.*[5]

Vgl. auch (29. 1) 17 § 3.

Rudorff, EP § 172, konstruiert zu diesem Edikt zwei Formeln, die eine in factum concepta berechnet auf den Fall, wo der Beklagte das Vorhandensein der ediktalen Klagvoraussetzungen, die andere ficticia berechnet auf den Fall, wo er die Rechtsbeständigkeit des Legats bestreitet. Zu dieser Unterscheidung geben nicht nur die Kommentare keinen Grund, sondern sie verbietet sich schon durch die einfache Erwägung, daß der Prätor die actio nur causa cognita gewährt, das Vorhandensein der ediktalen Klagvoraussetzungen also selber konstatiert.[6] Nach den Quellen gab es nur eine und zwar fiktizische Formel, mit der Fiktion „si hereditatem ex testamento adisset"[7] oder vielleicht „si testamenti causa omissa non fuisset".[8]

Utilis actio: h. t. 4 pr. § 1, 10 pr.

§ 169. QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR[9]

Ulp. 50,[10] Paul. 46,[11] Gai. 17.[12]

Ulp. 50 h. t. 3 § 18:

Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum recitandum describendumque curet,[13] edicto cauetur, priusquam de ea familia quaestio ex senatus consulto habita suppliciumque de noxiis sumptum fuerit.

Ulp. 50 h. t. 3 § 29:

Non tantum ex testamento sed etiam ab intestato hereditas ad hoc

[1] Ulp. 50 h. t. 1 § 1–8.

[2] Ulp. 50 h. t. 1 § 9, Gai. 17 h. t. 13, Gai. de test. 2 h. t. 14.

[3] Ulp. 50 h. t. 1 § 10–ult., 4 pr. § 1. Fr. 4 § 2. 3, fr. 6 pr.–§ 2 h. t. enthalten zusätzliche Erörterungen. Zu dolo malo vgl. Gai. de test. 2 (50. 17) 55.

[4] Ulp. 50 h. t. 6 § 3–7.

[5] Ulp. 50 h. t. 6 § 8–ult., 8, 10, 12. Vgl. Ulp. 50 h. t. 1 § 10, Gai. 2 de test. eod. 18 pr., Gai. 17 eod. 19, Paul. 60 eod. 24 § 1.

[6] Auch das „litis contestatae tempus spectari debet" in fr. 6 § 6 h. t. kann dem Zusammenhang nach nur auf das officium praetoris bezogen werden.

[7] h. t. 1 § 10, 18 pr., 19, 24 § 1.

[8] h. t. 22 pr.

[9] D. (29. 5), C. (6. 35). [cf. h. t. 3 § 13 f.

[10] h. t. 1, 3, 5, 24, (48. 18) 3, (50. 16) 197

[11] h. t. 6, 8.

[12] h. t. 9, 25.

[13] Ulp. 50 h. t. 3 § 19–28.

edictum pertinet, ut ne quis adeat bonorumue possessionem petat, antequam quaestio de familia habeatur (suppliciumque de noxiis sumptum fuerit, Ulp. 50 h. t. 5 § 2).[1]

Gai. 17 h. t. 25 § 2:

Ex hoc edicto actio proficiscitur contra eum, qui aduersus edictum praetoris tabulas testamenti aperuisse dicetur, uel si quid aliud fecisse dicetur (nam ut ex supra dictis apparet, plura sunt, propter quae poena edicti constituta est) . [palam est autem popularem actionem esse, cuius poena in centum aureos[2] ex bonis damnati extenditur]: et inde partem dimidiam ei, cuius opera conuictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum.

Der vorstehende Bericht ist sicher nicht genau. Hinter fecisse dicetur klafft eine Lücke. Der Passus palam ... extenditur ist gewiß nicht echt (so schon EP²). Vor allem aber streitet gegen die angeblich verheißene actio popularis des gewöhnlichen Privatprozesses der Umstand, daß schließlich der Prätor es ist, der im Edikt über die Verteilung des eingetriebenen Betrags disponiert. Vermutlich verhieß hier der Prätor die Einsetzung eines öffentlichen Multgerichts[3] mit Anklägerbelohnung. Auf den Versuch, eine Formel zu rekonstruieren, ist daher zu verzichten.[4]

Tit. XXVII

DE LEGATIS

Ulp. 51. 52, Paul. 47. 48, Gai. 18, Gai. lib. 1–3 de legatis ad ed. praet. Iulian. 32–40.

Rudorff, EP § 173–175, ließ auf den Titel de testamentis einen weitern de legatis et fideicommissis folgen, den er in drei Unterabschnitte teilte: de legatis, de fideicommissis, ut in possessionem (bonorum) legatorum uel fideicommissorum seruandorum causa esse liceat. Unter der Rubrik de legatis dachte er sich, den von ihm gebrachten Zitaten nach zu urteilen, die sämtlichen aus den verschiedenen Legatsformen zuständigen Aktionen proponiert, nebstdem die cautio Muciana. Der Rubrik de fideicommissis wies er die utiles actiones ex Trebelliano, die stipulationes emptae et

[1] Ulp. 50 h. t. 3 § 29-ult., 5, 24, Paul. sent. III, 5 § 1.

[2] milia sestertiorum bei Paul. sent. III, 5 § 12a.

[3] Vgl. Wlassak, Judikationsbefehl 272.

[4] Anders die früheren Aufl., Rudorff EP § 171, Fadda, l'az. pop. (1894) (condanna partita). Keiner dieser Versuche stimmt zu dem „praetor pollicetur *se* daturum" und „redacturum". Auf die Fassung von Paul. sent. III, 5 § 12a möchte ich kein entscheidendes Gewicht legen, da das poena irrogatur dieser Stelle selbst itp. sein könnte.

uenditae hereditatis, die stipulationes partis et pro parte, den Antritts- und Restitutionszwang ex Pegasiano zu.

Ich komme zu sehr abweichenden Ergebnissen. Zunächst hat eine Ediktrubrik de fideicommissis überhaupt nicht existiert. Die utiles actiones des Universalfideikommissars waren, wie wir gesehen haben, schon gelegentlich der hereditatis petitio fideicommissaria proponiert.[1] Was aber Rudorff sonst noch unter jene Rubrik setzt, darüber kann mindestens das edictum urbanum gar nichts enthalten haben, aus dem einfachen Grunde, weil die Kognition über die Fideikommisse in klassischer Zeit nicht in der Hand des praetor urbanus, sondern in derjenigen der Konsuln und des praetor fideicommissarius lag,[2] und die Kommentare zum Edikt zeigen denn auch in den Fragmenten der oben angeführten Bücher nicht die geringste Spur einer Behandlung der von Rudorff hierhergerechneten Materien.[3] Nicht minder muß mehreres von dem beanstandet werden, was Rudorff unter die Rubrik de legatis setzt. Die rei uindicatio aus dem Vindikationslegat und die actio familiae erciscundae aus dem Präzeptionslegat haben in dieser Anwendung gar nichts Besonderes; es ist nicht abzusehen, wie sie, da sie im Album an anderer Stelle proponiert waren, hier nochmals unter der Rubrik de legatis vorgekommen sein sollten. Die cautio Muciana ihrerseits gehört zu den Privatstipulationen des Zivilrechts und hat mit dem Edikt nichts zu tun, ist daher auch in den Ediktkommentaren nicht behandelt.[4]

M. E. proponierte der Prätor unter dem Titel de legatis folgendes:

1. Die Formeln der actio certi und incerti ex testamento (§ 170).
2. Das Edikt über die cautio usufructuaria (§ 171).
3. Das Edikt über die cautio legatorum seruandorum causa (§ 172).
4. Das Edikt über die missio legatorum seruandorum causa (§ 173).

Unter den Kommentaren scheint sich Ulpian am engsten an den Inhalt des Edikts gehalten zu haben; die Ulp. 51. 52 inskribierten Fragmente lassen sich mit einer einzigen Ausnahme, wo zweifellos die Inskription falsch ist,[5] mit Leichtigkeit unter die obigen Rubriken einreihen. Aus Paul. 47. 48 sind überhaupt nur sehr wenige zu unserm Titel gehörige Stellen erhalten; die aus lib. 47 können oder müssen auf die unter Ziff. 1 und 2 genannten Materien bezogen werden; von den zwei Fragmenten aus lib. 48 gehört das eine sicher, das andere wahrscheinlich zu Ziff. 3. Gaius handelt in den erhaltenen Fragmenten seiner beiden Kommentare das Legatenrecht überhaupt in einer Reihe der verschiedenartigsten Richtungen ab; ein Anschluß an Ediktinhalt ist nur vereinzelt ersichtlich,[6] und

[1] S. § 68.

[2] Gai. II, 278, Ulp. XXV, 12.

[3] Anders Julians Digesten und die sonstigen deren System folgenden Schriften, die an dieser Stelle die Lehre von den Vermächtnissen überhaupt (Legaten und Fideikommissen) behandeln.

[4] Wenn auch vielleicht einmal gelegentlich gestreift: Gai. 18 (35. 1) 18.

[5] Es ist das berüchtigte fr. 68 (6. 1). Die Stelle ist aus Ulp. 51 ad Sab.

[6] Vgl. S. 367 n. 4 u. 369 n. 9. Die übrigen Fragmente lasse ich hier folgen: Gai. 18 (28. 7) 22, (30) 66, 68, (33. 8) 2, 4, (35. 1) 18,

die Ausführlichkeit, mit der sich der Jurist speziell auf die lex Falcidia einläßt, zeigt, daß er sich hier von der Rolle eines bloßen Ediktkommentators völlig losgesagt hat. Eben dasselbe gilt endlich auch von Julians, Celsus', Marcellus' Digesten und ähnlichen Werken: schon die auffallend große Zahl von Büchern, die hier dem Recht der Vermächtnisse gewidmet werden, läßt ersehen, daß wir selbständige Abhandlungen vor uns haben, in die die Erörterung des Edikts de legatis nur gelegentlich eingeschoben ist.[1]

§ 170. *SI EX TESTAMENTO AGATUR*

Ulp. 51,[2] Paul 47,[3] Gai. 18,[4] Iulian. 33.[5]

Gai. II, 204:

> Quod autem ita (i. e. per damnationem) legatum est, post aditam hereditatem . . . non . . . continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere . . .

Gai. II, 213:

> sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatar*i*i efficitur, . . . ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.

Der Bericht des Gaius in der erstangeführten Stelle erregt den Anschein, als ob aus dem Damnationslegat immer nur eine actio certi erwachse und als ob diese mit der sog. condictio certi identisch wäre. Beides ist nicht der Fall. Auch ein incertum kann Gegenstand des Damnationslegats sein,[6] und dann kann das Legat, ganz wie das sinendi modo, nur die actio incerti ex testamento erzeugen.[7] Weiter aber war die actio certi ex testamento sehr verschieden von der condictio certi formuliert. Ihre intentio enthielt, wie die der actio incerti, die Worte ex testamento, die Gai. II, 204 nur der Kürze halber ausgelassen hat,[8] und, was die condemnatio anlangt,

(35. 2) 73, 77, 79, 81, (50. 17) 57, vgl. etwa (30) 86 § 1 (mehr als eine denkbare Beziehung wird hier nicht behauptet, — dies gegen Levy, Konk. II, 137[3]). Gai. de legat. ad ed. praet. lib. 1: (30) 65, 67; eod. lib. 2: (30) 69, (33. 4) 15, (34. 4) 5, (35. 1) 17, (40. 9) 3; eod. lib. 3: (30) 73, (33. 2) 8, (35. 2) 72, 74, 76, 78, 80, (39. 5) 11, (50. 17) 56.

[1] Die actio ex testamento figuriert anscheinend bei Iulian. 33, die andern Edikte bei Iul. 38. Falsche Inskriptionen haben u. a. fr. 8 (7. 2) — Iulian. 30 statt 35 —, cit. fr. 1 § 14 (49. 4) — 40 statt 45 —, fr. 3 § 3, 5 pr. § 2, (34. 3) — 32 statt 33 —, cf. eod. 7 pr. § 2.

[2] (30) 71, (45. 1) 51, (46. 3) 30.

[3] (39. 2) 3, (8. 3) 26. Da in letzterer Stelle eine seruitus constituenda in Frage steht, so rechtfertigt sich die Deutung auf ein Damnationslegat.

[4] (30) 70.

[5] (30) 6, 82, 84, (34. 3) 10, (44. 7) 17, cit. (30) 75 § 4, (34. 3) 3 § 3. 5, 5 pr. § 2, 7 pr. § 2. S. n. 1 a. E.

[6] Vgl. Arndts, die Lehre v. d. Vermächtnissen (Forts. von Glück) I, 21. S. z. B. Paul. sent. III, 6 § 10, (30) 49 § 8. 9, (34. 3) 8, 9, 25, (7. 5) 8.

[7] S. auch (7. 5) 8.

[8] Gai. IV, 55, Iulian. 33 (30) 82 § 1. Vgl. Baron, die Condictionen 132.

so gehört unsere actio bekanntlich zu den actiones, quae infitiando in duplum crescunt,[1] wodurch jedenfalls eine von der condictio certi abweichende uns unbekannte Formulierung bedingt war. An eine fictio legis actionis per manus iniectionem zu glauben,[2] liegt kein Grund vor; weder die Litiskreszenz noch die von Gai. III, 175 bezeugte Anwendbarkeit der solutio per aes et libram geben ausreichenden Anhalt für eine solche Annahme, bei der schon die Frage der Ästimation bei andern als Geldlegaten Schwierigkeiten machen würde. Das Beste wird sein, sich der Vermutungen hier ganz zu enthalten.[3]

Die Fassung der actio incerti ex testamento müssen wir uns „unbestimmt" denken: jedenfalls nannte sie den legierten Gegenstand ebensowenig wie die actio ex stipulatu den stipulierten;[4] vielleicht hatte sie überhaupt keine demonstratio.[5] Litiskreszenz fand hier nicht statt.

§ 171. *UT USUS FRUCTUS NOMINE CAUEATUR*

Ulp. 51,[6] Paul. 47,[7] Iulian. 38.[8]

Ulp. 79 (7. 9) 1 pr.:

> Si cuius rei ususfructus legatus sit, aequissimum praetori uisum est de utroque legatarium cauere: et usurum se boni uiri arbitratu[9] et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.

Ulp. 79 eod. 5 § 1:

> Sed si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa satisdari iubet praetor: hoc merito, ut de solo usu, non etiam de fructu caueatur.

Die Ausdrucksweise der letztern Stelle läßt erkennen, daß die im Stipulationenteil des Edikts proponierte cautio usufructuaria durch Edikt angeordnet war: die in n. 6–8 angeführten Stellen aber zeigen, daß wir dies Edikt hier unter die Rubrik de legatis zu setzen haben.[10]

Man nimmt sehr allgemein an, der Eigentümer habe zur Geltendmachung seiner Schadenersatzansprüche kein anderes Mittel als die cautio usufructuaria gehabt. Fr. 13 § 2 (7. 1) beweist aber, daß im Edikt auch eine actio verheißen war:

> . . . denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit . . .

[1] Gai. IV, 9: aduersus infitiantem in duplum agimus . . . legatorum nomine quae per damnationem *certa* relict*a* sunt. S. ferner Gai. II, 282, IV, 171, Paul. sent. I, 19 § 1, Ulp. 51 (30) 71 § 2. 3, Iauolen (35. 2) 61 i. f. Zu Gai IV, 9 vgl. l. (3. 27) § 7 und Arndts,

[2] So Baron, a. a. O. 215 f. [a. a. O. 24 n. 54.

[3] Vermutung dennoch bei Betti, atti Tor. (1915) 50, 1463.

[4] Arg. (44. 2) 20, 21 pr.

[5] So Baron, a. a. O. 132.

[6] (7. 1) 64, (7. 9) 9.

[7] (7. 1) 66, (7. 9) 10, letztere Stelle fälschlich Paul. 40 inskribiert.

[8] cit. (7. 1) 13 pr. § 3.

[9] Cf. (7. 1) 13 pr.

[10] A. M. Rudorff, EP 245 n. 1.

Hat Zachariä das schol. des Stephanus zu dieser Stelle (suppl. Basil. p. 70) richtig entziffert, so würde unsere actio dort als in factum und arbitraria bezeichnet sein.[1] Proponiert war sie vermutlich an dieser Stelle.[2]

§ 172. UT LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA CAUEATUR[3]

Ulp. 52,[4] Paul. 48.[5]

Ulp. 79 h. t. 1 pr.

> Legatorum nomine satisdari oportere praetor putauit, ut, quibus testator dari fieriue uoluit, his diebus detur uel fiat dolumque malum afuturum stipulentur.

Auch diese im Stipulationenteil des Edikts proponierte Kaution war unter der Rubrik de legatis durch Edikt angeordnet: dies erhellt aus den (vgl. n. 4 und 5) erhaltenen Resten der Kommentare, ist überdies aber auch schon an sich wahrscheinlich.

Die Ausdehnung auf Fideikommisse dürfte auf Jurisprudenz und Praxis beruhen.[6]

§ 173. UT IN POSSESSIONEM LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA ESSE LICEAT[7]

Ulp. 52,[8] Gai. 18,[9] Julian. 38,[10] Callistr. 3.[11]

Die Betrachtung des Ulpianschen Kommentars ergibt für diese Klausel, in der Hauptsache sicher, folgenden Wortlaut:

> *Eum, cui legatorum*[12] *seruandorum causa (ex edicto meo) caueri oportebit, si ei eo nomine neque cautum erit neque per eum stabit, quo minus ei eo nomine caueatur,*[13] *legatorum seruandorum causa*

[1] Vgl. dazu Lenel, Festschr. Sohm 207³.

[2] Über ihre Zweckbestimmung plausible Vermutungen bei de Ruggiero, st. Scialoja I, 71 f. Gegen Bortolucci, der sie mit der actio prohibitoria (s. oben S. 190) identifizieren will, vgl. Biondi, st. s. a[es] arb. 13, Segrè, mél. Gir. II, 564⁴.

[3] D. (36. 3).

[4] (36. 4) 1 pr.

[5] h. t. 17 und vielleicht auch (30) 72.

[6] Ulp. 79 h. t. 14 pr. Vgl. n. 12. Jedenfalls ist die schon dem Ofilius bekannte Kaution h. t. 1 § 15 weit älter als die Klagbarkeit der Fideikommisse. S. auch § 287. Über die Frage, *wann* die Ausdehnung auf sie erfolgte, s. Solazzi, I. L. 49, 315¹.

[7] D. (36. 4), C. (6. 54).

[8] h. t. 1 § 1-ult., 3, 5. (32) 76 fälschlich Ulp. 2 statt 52 inskribiert? cf. h. t. 3 § 1, (36. 3) 14 § 1.

[9] (36. 3) 11, fälschlich Gai. 13 statt 18 inskribiert.

[10] h. t. 6.

[11] h. t. 13.

[12] Uel fideicommissorum? S. n. 6. Daß die Fideikommisse in den Kommentaren wiederholt neben den Legaten genannt werden, wird auf Jurisprudenz und Praxis, z. T. auch auf Itp. beruhen. Man beachte auch, daß das Edikt seinem Wortlaut nach nur auf ab herede hinterlassene Vermächtnisse reflektiert: das spricht gar sehr für die Beschränkung auf Legate.

[13] Ulp. 52 h. t. 1 § 1-ult., 3. S. besonders fr. 1 § 1 v. „quia uerum est per eum, cui caueri oportebit, non fieri, quo minus caueatur".

simul cum herede[1] *in possessionem*[2] *bonorum,*[3] *quae in causa hereditaria erunt doloue malo heredis*[4] *esse desierint,*[5] *esse iubebo.*

Auf die Erörterung des obigen Edikts (fr. 1, 3, 5 pr.–§ 15) läßt Ulpian zunächst diejenige der sog. missio Antoniniana folgen (fr. 5 § 16–25), wobei das Recht der ediktalen missio nur gelegentlich vergleichend herangezogen wird (fr. 5 § 22 ict. 23). Hierauf folgen in fr. 5 § 26. 27 Schlußbemerkungen. Bei fr. 5 § 28 aber beginnt ein neuer Abschnitt des Kommentars, der eine durch die Jurisprudenz[6] geschehene analoge Ausdehnung des obigen Edikts zum Gegenstande hat: die Ausdehnung auf Vermächtnisse, die nicht ab herede hinterlassen sind.

Rudorff, EP § 175, führt noch eine Reihe von Fragmenten verschiedenen Bezugs als Ediktinhalt an, die aber in Wirklichkeit nur Interpretation enthalten. So sicher fr. 8 h. t. vgl. fr. 5 § 13 h. t. So ferner fr. 14 h. t., wo lediglich die Grundsätze von der missio uentris nomine analog angewendet werden. Zu fr. 5 § 27 h. t. vgl. Ulp. 68 (43. 4) 3 pr. Endlich fr. 12 h. t.

Tit. XXVIII

§ 174. DE OPERIS NOUI NUNTIATIONE[7]

Ulp. 52,[8] Paul. 48,[9] Gai. ad ed. urb. tit. de o. n. n.,[10] Iulian. 41.[11]

Ulp. 52 h. t. 1 pr. (nicht unberührt):

Hoc edicto promittitur, ut, siue iure siue iniuria opus fieret,[12] per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet.[13]

[1] Ulp. 52 h. t. 5 pr.

[2] Ulp. 52 h. t. 5 pr.–§ 4.

[3] Daß unser Edikt den Ausdruck „bona" gebrauchte, will wohl auch Naber (obs. 78), Mnemos. 25, 302 („quae missio falso dicitur in bona") nicht leugnen, obwohl er als Gegenstand der missio nur die „res hereditariae" gelten läßt.

[4] Ulp. 52 h. t. 5 § 13.

[5] Ulp. 52 h. t. 5 § 5–15. Bonorum: fr. 5 § 6. Quae in causa . . . erunt doloue desierint: h. t. 5 § 5. 9, 8, 15. C. h. t. 6.

[6] Nicht durch das Edikt selbst: vgl. fr. 5 § 29 h. t. v. "non inique", „aequum esse", „hoc iure utimur".

[7] D. (39. 1).

[8] h. t. 1, 3, 5, 7.

[9] h. t. 4, 8, (8. 2) 31.

[10] h. t. 9.

[11] h. t. 6, 13. Vgl. Bülow, Prozeßeinr. u. Prozeßvorauss. 32 n. 5.

[12] Eine Aufzählung der causae nuntiationis, wie sie Karlowa, RG II, 1227, dem Edikt zuschreibt, war m. E. nicht darin enthalten; die Art der Darstellung in fr. 1 § 15 ff. h. t. spricht dagegen.

[13] Die Ordnung des Ulpianschen Kommentars hierzu scheint mir folgende. Einleitung: fr. 1 pr. § 1. Nuntiatio: fr. 1 § 2–5 (über § 6–10 s. unten). Opus nouum: fr. 1 § 11–14. Quibus ex causis fiat nuntiatio et quae personae nuntient quibusque nuntietur et in quibus locis fiat nuntiatio: fr. 1 § 15 bis ult., fr. 3, 5 pr.–§ 7. Nunmehr sollte man die in fr. 1 § 15 versprochene Erörterung „quis effectus sit nuntiationis" erwarten: sie bleibt aus, und ich möchte vermuten, daß fr. 1 § 6–10, Bemerkungen, die an ihre

Ulp. 52 h. t. 5 § 11:

Si quis riuos uel cloacas uelit reficere uel purgare, operis noui nuntiatio . . . prohibetur.

Ulp. 52 h. t. 5 § 12:

Praeterea generaliter praetor cetera quoque opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est.[1]

Ulp. 52 h. t. 5 § 14:

Qui opus nouum nuntiat, iurare debet non calumniae causa opus nouum nuntiare . hoc iusiurandum auctore praetore defertur . . .

Ulp. 52 h. t. 5 § 15:

Qui nuntiat, necesse habet demonstrare, in quo loco opus nouum nuntiet.[2]

Ulp. 52 h. t. 5 § 17:

Si is, cui nuntiatum erit, ex operis noui nuntiatione satisdederit repromiseritue aut per eum non fiet, quo minus boni uiri arbitratu satisdet repromittatue, perinde est ac si operis noui nuntiatio omissa esset.[3]

Ulp. 77[4] (46. 5) 1 § 6:

. . . de eo opere, quod in priuato factum erit, satisdatio est: de eo, quod in publico, . . . qui suo nomine cauent, repromittunt, qui alieno, satisdant.

Das überaus bestrittene Fragment der lex Rubria c. XIX muß an diesem Orte, wo lediglich die Rekonstruktion des edictum perpetuum in Frage steht, außer Betracht bleiben.[5]

Tit. XXIX

§ 175. DE DAMNO INFECTO[6]

Ulp. 53,[7] Paul. 48,[8] Gai. 19,[9] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de damno inf.[10]

gegenwärtige Stelle nicht passen, ursprünglich hinter fr. 5 § 7 standen und von den Kompilatoren vorausgenommen wurden. Was in fr. 5 § 8–10 folgt, bezog ich in EP[2] auf die Verheißung der Remission „quatenus prohibendi ius is qui nuntiasset non haberet" (ius prohibendi hat nicht bloß der Servitutberechtigte, sondern auch — „sed et" — der Eigentümer als solcher). Doch ist diese Beziehung unsicher, weil die consecutio temporum gegen den Bericht in fr. 1 pr. h. t. Verdacht erregt. Anders Biondi, bull. 29, 240.

[1] Ulp. 52 h. t. 5 § 12. 13.

[2] Rudorff, EP § 176, hält dies nicht für Ediktinhalt. Kommentar: Ulp. 52 h. t. 5 § 15. 16.

[3] Ulp. 52 h. t. 5 § 17–ult., 7. Vgl. Paul. 48 h. t. 8 § 2–4.

[4] So ist statt Ulp. 70 zu lesen.

[5] Über die verschiedenen Ansichten siehe Burckhard, die O. N. N. (1871), in Forts. von Glücks Erläutg. 261 ff.

[6] D. (39. 2).

[7] h. t. 7, 9, 11, 13, 15, 17, (8. 2) 9.

[8] h. t. 10, 12, 14, 16, 18, (11. 1) 10, (46. 5) 5, (50. 17) 166.

[9] h. t. 20.

[10] (9. 4) 30, h. t. 8, 19.

Ulp. 53 h. t. 7 pr.:

Praetor ait: [1]DAMNI INFECTI[2] SUO NOMINE PROMITTI, ALIENO SATISDARI IUBEBO[3] EI, QUI IURAUERIT NON CALUMNIAE CAUSA ID SE POSTULARE[4] EUMUE CUIUS NOMINE AGET POSTULATURUM FUISSE,[5] IN EAM DIEM, QUAM CAUSA COGNITA STATUERO.[6] SI CONTROUERSIA ERIT, DOMINUS SIT NEC NE QUI CAUEBIT, SUB EXCEPTIONE SATISDARI IUBEBO.[7] DE EO OPERE, QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FIET, IN ANNOS DECEM SATISDARI IUBEBO.[8] EUM, CUI ITA NON CAUEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE, UT CAUEATUR, POSTULABITUR, IRE ET, CUM IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE IUBEBO.[9] IN EUM, QUI NEQUE CAUERIT NEQUE IN POSSESSIONE ESSE NEQUE POSSIDERE PASSUS ERIT, IUDICIUM DABO, UT TANTUM PRAESTET, QUANTUM PRAESTARE EUM OPORTERET, SI DE EA RE[10] EX DECRETO MEO EIUSUE, CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUIT QUAE MEA EST,[11] CAUTUM FUISSET.[12] EIUS REI NOMINE, IN CUIUS POSSESSIONEM MISERO, SI AB EO QUI IN POSSESSIONE ERIT, DAMNI INFECTI NOMINE NON SATISDABITUR, EUM, CUI NON SATISDABITUR, SIMUL IN POSSESSIONE ESSE IUBEBO.

In diesem Zitat dürften zwei Klauseln ausgefallen sein. Anschließend an den Satz, wo von dem opus quod in flumine publico ripaue eius fiet die Rede ist, scheint der Prätor auch über das opus quod in uia publica fiet in gleicher Weise ediziert zu haben.[13] Und ferner muß vor dem letzten Satz des Edikts nach Ulp. 69 (43. 4) 4 § 3 noch eine weitere Klausel eingeschoben gewesen sein; denn hier heißt es:

Sed et ex alia causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit.

Dagegen ist es offenbar ein Irrtum, wenn Rudorff, EP § 177, auch die Bemerkung in fr. 4 § 4 eod. unter die Rubrik de damno infecto setzt:

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem.

Wie sollte diese allgemeine Klausel in unser Edikt geraten? Sicherlich haben wir es vielmehr in fr. 4 § 4 cit., wenn sein Inhalt glaubwürdig ist, mit

[1] Sind vor damni infecti Ediktworte, die die Voraussetzungen der Kautionspflicht näher bezeichneten, ausgefallen? Vgl. hierüber Karlowa, RG II, 1244f.

[2] Ulp. 53 h. t. 7 § 1-ult., 9 pr.-§ 3.

[3] Ulp. 53 h. t. 9 § 4-ult., 11, 13 pr.-§ 2, Paul. 48 h. t. 10, 12. Vgl. auch Ulp. 81 h. t. 30 § 1.

[4] Ulp. 53 h. t. 13 § 3-12, Paul. 48 h. t. 18 pr. § 2-4.

[5] Ulp. 53 h. t. 13 § 13. 14.

[6] Ulp. 53 h. t. 13 § 15, 15 pr. § 1, Paul. 48 h. t. 14.

[7] h. t. 22 § 1, 31 § 1.

[8] Ulp. 53 h. t. 15 § 2-5, vgl. Ulp. 68 (43. 15) 1.

[9] Ulp. 53 h. t. 15 § 11-35. Vgl. Ulp. 20 (10. 3) 7 § 9, Paul. 54 (41. 2) 3 § 23, Paul. 36 (23. 5) 1 pr.

[10] Prob. Einsidl. 10: S. *D.* E. R. Q. *D.* A. = si de ea re qua de agitur.

[11] Prob. Einsidl. 74: Q. M. E. = qu*ae* mea est.

[12] Ulp. 53 h. t. 15 § 36, 17, Paul. 48 h. t. 16, 18 § 13-ult. Vgl. (43. 4) 4 § 2.

[13] Vgl. Ulp. 53 h. t. 15 § 6-9. Anders die 1. Aufl., trotz des starken, auch damals von mir hervorgehobenen arg. e contr. aus fr. 15 § 9, das mir jetzt durchschlagend scheint. Vgl. auch Karlowa, RG II, 1246f.

einem Zusatz zu dem bei Ulp. 69 erörterten interdictum ne uis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus est zu tun. Doch ist seine Echtheit sehr zweifelhaft.[1]

Die Fassung der Formeln aus unserm Edikt war, wie schon aus der Fassung des letztern, ebenso aber auch aus den Formeln der lex Rubria c. XX hervorgeht, ohne allen Zweifel fiktizisch „quidquid . . . oporteret, si . . . cautum fuisset“. Sie im Detail festzustellen, ist, in Ermangelung aller Anhaltspunkte, nicht möglich. Die Formeln der lex Rubria aber, nur mit den entsprechenden Veränderungen, ohne weiteres in das Edikt zu verpflanzen, scheint mir nicht gestattet.

Noxalklage: h. t. 17 pr.

Tit. XXX

DE AQUA ET AQUAE PLUUIAE ARCENDAE[2]

Ulp. 53, Paul. 49, Gai. ad ed. pr. urb. tit. de (*aqua et*) aquae pluuiae arcendae, Iulian. 41.

§ 176. DE AQUA

Ulp. 53,[3] Paul. 49,[4] Iulian. 41.[5]

In denselben Büchern der Kommentare, die von der actio aquae pluuiae arcendae handeln, finden wir eine Reihe von Stellen, die die seruitus aquae ductus, namentlich ihre Errichtung durch in iure cessio und ihre Geltendmachung erörtern und ihrem Inhalt nach unmöglich dem Kommentar zu jener actio angehört haben können. Betrachtet man nun die Digestenrubrik „de aqua et aquae pluuiae arcendae“, erwägt man, daß die Aktionen aus der Wasserleitungsservitut in den Kommentaren zu dem Ediktabschnitt Si seruitus uindicetur nicht abgehandelt werden,[6] daß die Wasserservituten auch in der Codexrubrik (3. 34) de seruitutibus et de aqua von den übrigen Servituten getrennt genannt sind, so scheint mir zweifellos, daß der Prätor sich an dieser Stelle mit der Wasserleitungsservitut ex professo beschäftigte.[7] Und zwar stand das Edikt de aqua, wie in der Rubrik, so auch im Album voran: dies ergibt sich aus der Reihenfolge der Erörterungen bei Paul. 49 fr. 11 h. t. und fr. 167 (50. 17), wo jeweils im pr. vom

[1] Vgl. § 246. Die Deutung, die Burckhard, Cautio damni inf. 594ff., und Ubbelohde, Interd. III, 220, dem fr. 4 § 4 cit. geben, scheint mir sprachlich (ex alia causa . . . prohibitus!) und sachlich unmöglich.

[2] D. (39. 3).

[3] h. t. 8, 10, (8. 5) 10, (50. 17) 165. Vielleicht ist auch fr. 163 eod. Ulp. 53 (statt 55) zu inskribieren.

[4] h. t. 9, 11 pr., (8. 3) 10, (50. 17) 167 pr. cf. Paling. I, 1058 n. 1.

[5] (8. 4) 14. (43. 20) 4.

[6] Vgl. S. 192.

[7] Übereinstimmend: Burckhard (Forts. von Glück), Serie d. Bücher 39. 40, III, 36f.

aquae ductus und erst dann von der actio aquae pluuiae arcendae die Rede ist. Es gehören hierher aber folgende Stücke.

1

Antonin. c. 4 (3. 34):

Aquam quae in alieno loco oritur sine uoluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere.[1]

2

Formulae:[2]

S. p. A° A° ius esse per fundum illum aquam ducere,[3] *q. e. r. e., t. p.* et rel.

S. p. N° N° ius non esse per fundum illum aquam ducere inuito A° A°, q. e. r. e., t. p. et rel.

Rudorff, EP § 178, hat nicht erkannt, daß hier im Album die actiones ciuiles de aquae ductu proponiert waren; er setzt vielmehr unter die Rubrik de aqua lediglich eine prätorische actio in factum concepta mit der intentio „*s. p. A^m A^m usum aquae q. d. a. per annos tot non ui non clam non precario possedisse*". Dafür beruft er sich auf Ulp. 53 (8. 5) 10 pr. Allein diese zweifellos stark interpolierte[4] Stelle selbst mit ihrem unbestimmten „ut ostendat per annos forte tot usum se ... possedisse", noch deutlicher aber Scaeuola h. t. 26 zeigen, daß eine solche utilis actio nicht im Edikt proponiert war, sondern auf Praxis beruhte.[5]

Noch könnte man unter unserer Rubrik die Zwölftafelactio suchen wollen, von der Paul. 16 ad Sab. (43. 8) 5 meldet (nach der Lesart des Flor. — F^b):

Si per publicum locum riuus aquae ductus priuato nocebit, erit actio priuato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino carueatur.

Bekanntlich ist bestritten, wie die korrupte Lesung „carueatur" zu emendieren, ob in „sarciatur" oder in „arceatur", und weiter, ob unter der hier erwähnten actio eine besondere actio legitima oder die gewöhnliche actio aquae pluuiae arcendae zu verstehen sei.[6] Die letztere Kontroverse, die

[1] Ulp. 53 h. t. 8, Paul. 49 h. t. 9.

[2] Ulp. 53 (8. 5) 10. Karlowa, RG II, 506 n. 1, bestreitet, daß die obigen Formeln hier proponiert gewesen seien, und behauptet, die Stellen bei Ulp. 53 hätten nur Bezug auf die Ediktklausel, nicht auf die Wasserleitungsservitut im allg. Es dürfte schwer sein, diese Behauptung mit Ulp. 53 fr. 10 cit. (insbes. „agi autem hac actione poterit") zu vereinbaren.

[3] I. (2. 3) pr.: aquae ductus est ius aquae ducendae per fundum alienum. Ulp. (8. 3) 1 pr. i. f. Ex fundo: I. (4. 6) § 2. [IV, 85.

[4] Perozzi, riv. Ital. 23, 174, auch Beseler

[5] Der Vermutung H. Krügers, d. prätor. Serv. 71 f., daß Ulpian im Urtext nicht von einer actio, sondern von der praescr. l. t. oder einem Interdikt gehandelt habe, vermag ich nicht beizutreten (gegen ihn Rabel, mél. Gir. II, 410, Berger, Grünh. Z. 40, 308). Daß Ulpian glattweg gesagt habe „utilem habet actionem", ist freilich ebenfalls nicht glaublich.

[6] Vgl. einerseits Karlowa, RG II, 483, andrerseits Burckhard (Forts. von Glück), S. der Bücher 39. 40, II, 84 f., III, 52 ff. Übersicht der Lit. bei Biondi, a^{es} nox. 73.

selbst nach Feststellung der zweifelhaften Lesart kaum sicher zu entscheiden sein wird, muß hier auf sich beruhen. Gewiß ist, daß in den Kommentaren zum Edikt eine auf den Fall der Stelle berechnete Sonderformel nicht nachweisbar ist.

§ 177. AQUAE PLUUIAE ARCENDAE

Ulp. 53,[1] Paul. 49,[2] Gai. ad ed. pr. urb. h. t.[3]

Die Formel dieser alten actio ciuilis[4] läßt sich, wie ich glaube, in der Hauptsache mit Sicherheit rekonstruieren.

Zunächst: die Kondemnationsbedingung

S. p. opus factum esse in agro Capenate, unde aqua pluuia agro Ai Ai nocet,

halte ich für im wesentlichen gewiß. Die Worte sind bei Ulpian in fr. 1 und fr. 3 pr.–§ 2 ausführlich kommentiert und kehren bei allen Juristen wieder, die sich mit unserer actio beschäftigen.[5] Dabei muß besonders hervorgehoben werden, daß es weder geheißen haben kann:

S. p. in agro Ni Ni opus factum esse,

noch auch:

S. p. a No No opus factum esse,

zwei Fehler, die Rudorff, EP § 178, kombiniert.[6] Ersteres nämlich nicht, weil Ulp. 53 in fr. 3 § 3 h. t. sagt:

Aquae pluuiae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est eoque iure utimur.

Aus dieser Bemerkung geht hervor, daß der Ort, wo das schädliche opus errichtet worden, in der Formel nicht als Eigentum des Beklagten bezeichnet gewesen sein kann, daß die alleinige Haftung des Eigentümers vielmehr auf der Jurisprudenz und Praxis beruhte. Noch viel weniger kann aber die Formel den Beklagten gar als Errichter des opus namhaft gemacht haben: denn bekanntlich geht unsere actio gar nicht gegen den Errichter, sondern gegen den Eigentümer des Grundstücks, wo sich das opus befindet, als solchen, auch wenn ein anderer dasselbe errichtet hat, und zwar unsere actio in ihrer ursprünglichen Gestalt, nicht etwa als utilis.[7]

[1] h. t. 1, 3, 4, 6.

[2] h. t. 2, 5, 11 § 1–ult., 14, (50. 17) 167 § 1 cf. h. t. 4 pr. Fr. 77 (50. 16) gehört zu lib. 59.

[3] h. t. 13.

[4] (40. 7) 21 pr. Legitima actio: h. t. 22 § 2. Über fr. 5 (43. 8) s. oben.

[5] Vgl. z. B. Paul. 49 h. t. 2 § 5, 5, 11 § 1. 2. 4, 14 pr. § 1. 4, Iauolen. h. t. 18 pr., Pompon. h. t. 19, 22 § 2, Iulian. h. t. 25. Die Worte „si aqua pluuia nocet" sind als zwölftafelmäßig bezeugt in fr. 21 pr. (40. 7). Auf das „si paret factum esse" mag man die Berücksichtigung der unvordenklichen Verjährung gegründet haben, vgl. Paul. 49 h. t. 2 § 8. Andere Vermutung bei Partsch, l. t. praescr. 97. Zu „agro" vgl. Cic. top. c. 10 § 43, D. h. t. 1 § 19. 20. Zu aqua pluuia: Cic. top. c. 9 § 39.

[6] Nur den ersten begeht Burckhard, a. a. O. III, 557.

[7] Ulp. 53 h. t. 4 § 2. 3, Paul. 49 h. t. 5, 11 § 2, Pompon. h. t. 22 § 2.
si fructuarius opus fecerit, ... erit ... actio legitima cum domino proprietatis: [... utilis in fructuarium ...]
Über die Itp. vgl. Baviera, Scr. I, 166.

Neben obigem Formelteil ist ferner sicher nachweisbar die Restitutionsklausel[1] „si ea res (arbitrio iudicis?) non restituetur", vgl. Pompon. h. t. 22 § 1:

Non aliter restituisse rem uidetur is qui opus fecit, quam si aquam coerceat.

Ulp. 53 h. t. 6 § 6. 7, Paul. 49 eod. 11 § 1–ult., s. ferner eod. 23 § 2, 24 pr.–§ 2.

Betrachten wir nun die Formel, soweit wir sie bisher ermittelt haben, im ganzen:

S. p. opus factum esse in agro Capenate, unde aqua pluuia agro A^i A^i nocet, si ea res arbitrio iudicis non restituetur,

und fügen wir die gewöhnliche condemnatio[2]

quanti ea res erit, tantam pecuniam et rel.

hinzu, so ist daran noch ein zwiefaches auszusetzen. Einmal vermissen wir nicht gern das „aquam arcere", dem die Formel ihren Namen verdankt, zumal es in fr. 1 pr. h. t. heißt:

Si cui aqua pluuia damnum dabit, actione aquae pluuiae arcendae auertetur aqua.

Zweitens läßt unsere Formel die Passivlegitimation im Dunkeln: wie kommt gerade N^s N^s dazu, wegen des opus in agro Capenate factum verurteilt werden zu sollen? Daß dieser Punkt, wie die Passivlegitimation bei der rei uindicatio, einfach officio iudicis erledigt worden, etwa im Anschluß an das „si non restituetur",[3] ist bei einer zivilen actio in personam nicht glaublich. Wir werden daher notwendig zur Annahme eines weitern Formelteils gedrängt, und dieser kann kein anderer sein als die ja ohnedem zu vermutende[4] intentio iuris ciuilis. Aber wie ist diese zu fassen? Burckhard[5] denkt an die gewöhnliche intentio incerta „quidquid paret ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportere". Allein unsere actio verlangt ihrem Namen nach eine individuellere intentio.[6] Ich vermute, daß die Formel lautete:

S. p. opus factum esse in agro Capenate, unde aqua pluuia agro A^i

[1] Fehlt in der Formel Burckhards, a. a. O.

[2] Ulp. 53 h. t. 6 i. f.

[3] Dafür möchte man sich auf fr. 5 h. t. berufen: (teneri) dominum . . ., quia is solus restituere opus potest. Allein diese Stelle will nur einfach den Rechtssatz, daß der dominus allein hafte, als einen innerlich notwendigen erweisen.

[4] A. M. Bekker, Aktionen I, 64.

[5] a. a. O.

[6] In EP[1] und EP[2] berief ich mich gegen Burckhard auch darauf, daß nach h. t. 6 § 1, wenn unsere actio von einem oder gegen einen unter mehrern Miteigentümern erhoben werden soll, eine Teilung der Haftung auf dem Wege des in partem experiri, bzw. conueniri stattfinden müsse; dieser Weg sei bei B.s intentio weder geboten noch möglich gewesen, da ja die incerta intentio selbst schon zur Teilung der Haftung geführt haben würde. Dies Argument kann ich nicht mehr aufrechterhalten, da die Teilung der Haftung in fr. 6 § 1 höchstwahrscheinlich hineininterpoliert ist, vgl. Guarneri Citati, st. sulle obbl. indiv. I, 65 f. und die dort angef.

Ai nocet, q. o. r. Nm Nm[1] *eam aquam Ao Ao arcere oportet, si ea res arbitrio iudicis non restituetur,* et rel.[2]

Die eingeschobene intentio ist bei Ulp. 53 genau an dem Orte, wohin ich sie setze, kommentiert;[3] sie erklärt den Namen der actio; sie läßt endlich mit ihrem arcere oportere dem officium iudicis den durch das materielle Recht der actio geforderten notwendigen Spielraum.[4] Daß das aquam arcere in der Formel vorkam, läßt sich aber sogar noch ganz positiv belegen durch Paul. 49 h. t. 2 § 9:[5]

> Idem Labeo ait, si uicinus [flumen] torrentem auerterit, ne aqua ad eum perueniat, et hoc modo sit effectum, ut uicino noceatur, agi cum eo aquae pluuiae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare ne influat.

Als noxalis kam unsere actio nicht vor; Ulp. 53 h. t. 6 § 7 ist itp.[6]

Tit. XXXI

DE LIBERALI CAUSA[7]

Ulp. 54. 55, Paul. 50. 51, Gai. 20, Gai. ad ed. pr. urb. tit. de liberali causa 1. 2, Iulian. 42. 43.

Die Kommentare zu diesem Titel beschränken sich nicht durchweg auf

[1] Keine Bezeichnung als Eigentümer: daß Ns Ns nur haftet, wenn er Eigentümer ist, steht außerhalb der Formel kraft Rechtens fest. Bei der formula interrogatoria — Paul. 18 h. t. 7, vgl. Demelius, die Confessio 336 — steht statt „Nm Nm": dominum illius agri. Die Formulierung Bettis, atti Tor. 50, 401 ist m. E. unmöglich.

[2] Karlowa, RG II, 490, erklärt diese Formel für unmöglich; es werde hier für eine alte actio legitima eine intentio angenommen, die teils in ius teils in factum konzipiert sei (?). Der Vorwurf, wenn er begründet wäre, träfe auch die bei Gai. IV, 37 bezeugte Formel der actio furti nec manifesti.

[3] Nämlich h. t. 3 § 3. 4, 6 pr.-§ 5, d. h. zwischen dem S. p. opus factum esse etc. (bis fr. 3 § 2) und der Restitutionsklausel (fr. 6 § 6. 7). Im einzelnen handelt der Kommentar zur intentio von der Passiv- und Aktivlegitimation — fr. 3 § 3. 4, 4, 6 pr. § 4 —, im Anschluß an das *Nm Nm Ao Ao*, sodann in fr. 6 § 5 von dem „oportet":

> Aquae pluuiae actionem sciendum est non in rem, sed personalem (sachlich jedenfalls richtig, auch wenn itp.) esse.

Ulpian betont dies, weil einerseits die Art und Weise, wie sich die Passivlegitimation bestimmt, die Auffassung als actio in rem nahelegt, andererseits aber die Berichtigung dieser Auffassung von praktischer Wichtigkeit ist, — man denke nur an den Defensionszwang (fr. 7 pr. h. t.) und an die Regelung der Kautionspflicht. Für weitere Besprechung der Stelle ist hier nicht der Ort; vgl. über sie einerseits Burckhard, a. a. O. 549 ff., andererseits Brinz, Pandekten (2. Aufl.) I, 689 ff.

[4] Fr. 4 § 2. 3, fr. 5 h. t. Brinz, a. a. O. 690 n. 46 denkt wegen fr. 5 h. t. an ein „restituere, patientiam praestare oportere" in unserer Formel. Allein daß die l. c. angedeutete Unterscheidung auf das officium iudicis zurückgeht, zeigt sich an Ulpians Kommentar zur Restitutionsklausel: fr. 6 § 6. 7 h. t.

[5] Zur Erläuterung dieser Stelle vgl. Burckhard, a. a. O. 227 ff.

[6] Biondi, act. nox. 74; anders, nicht zutreffend, Berger, SZ 31, 405.

[7] D. (40. 12), C. (7. 16).

den unten nachgewiesenen Inhalt des Albums. Paulus[1] und Julian[2] schicken umfangreiche Erörterungen voraus, die von den verschiedenen Arten der Freilassung und damit zusammenhängenden Materien gehandelt zu haben scheinen: Niemand wird die Grundlage dieser Erörterungen in Ediktbestimmungen suchen. Ebensowenig ist dies zulässig bei den in n. 3–5 angeführten Fragmenten, die sich auf die Wirkung der ordinatio iudicii, des Endurteils und der collusio detecta bei der liberalis causa beziehen. Allerdings führt Rudorff, EP § 179, den bekannten Satz

> Ordinata liberali causa liberi loco habetur is qui de statu suo litigat[6] . . .

als Inhalt des Edikts auf. Aber aller Wahrscheinlichkeit nach hat sich diese Regel aus der Vorschrift der zwölf Tafeln, daß die Vindizien secundum libertatem erteilt werden sollten, herausentwickelt.[7] Daß das Edikt den Satz selbst oder Konsequenzen davon (etwa hinsichtlich der Gewährung von Aktionen für und wider den de statu suo litigans) in irgendeiner Form enthielt, ist nirgends überliefert. Wenn aber Gai. h. t. 25 § 2 äußert:

> licet uulgo dicatur post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controuersia est, liberi loco esse . . .,

so spricht das „uulgo dicatur" sicher eher gegen als für die Annahme eines hierhergehörigen Edikts, und auch die Art und Weise, wie Paul. h. t. 24 den Satz erörtert, läßt keine ediktale Vorlage vermuten. M. E. haben die Juristen die Besprechung des Satzes an das in § 180 behandelte Edikt angeknüpft.

Die Bestimmungen des älteren Albums über den Schutz derer, qui domini uoluntate in libertate erant,[8] scheinen auch im Hadrianischen Edikt nicht beseitigt worden zu sein, obwohl die lex Iunia den so Geschützten die gesetzliche Freiheit verliehen hatte; denn Ps.-Dosith. 8 berichtet von dem Bestehen dieser Bestimmungen im Präsens (tueatur). Die lex Iunia mag die Gewährung der Latina libertas gerade an diesen prätorischen Schutz angeknüpft haben.[9] Spuren des fraglichen Edikts finden sich in den Kommentaren nicht, so daß auf seine Rekonstruktion zu verzichten ist. Ebenso enthielt auch noch das Hadrianische Album Bestimmungen über die ausnahms-

[1] Paul. 50 (40. 1) 12, (40. 2) 17, (40. 4) 35, (18. 7) 3, (18. 1) 56.

[2] Iulian. 42 (40. 2) 4, 5, (40. 4) 17, (40. 5) 47, (28. 1) 12, (30) 97, cit. (35. 2) 34. Iulian. 43: (40. 7) 13, (35. 1) 23.

[3] Paul. 51 h. t. 24.

[4] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. 2?) h. t. 25, Gai. eod. lib. 2 (40. 16) 1.

[5] Iulian. 43 (46. 1) 12: ich denke bei diesem Fragment an die actio de peculio aus den Handlungen des nachher frei Erklärten, vgl. eod. 11. Cit. (21. 2) 21 § 1–3, cf. Pal. Iulian. nr. 606.

[6] h. t. 24, 25 pr. § 2, C. h. t. 4.

[7] A. M. Wlassak, die Litiscont. im Form. Pr. (1889) 74 n. 1; ich hatte diese Äußerung im éd. perp. II, 109 n. 6 dahin verstanden, daß W. mit Rudorff den Satz „ordinata liberali causa liberi loco habetur" dem Inhalt, wenngleich nicht den Worten nach, dem Album zuschreibe. Daß dies nicht W.s Meinung war, ergibt sich aus SZ 26, 395 n. 1.

[8] Gai. III, 56, Ps. Dos. 5.

[9] Vgl. hierzu H. Krüger, SZ 37, 251[1]. Anders EP[2].

weise Versagung des Freiheitsschutzes in gewissen Fällen, von denen wir wohl nur einen Teil kennen. Dies ergibt sich klar aus Ps. Dos. 8:

> *Item,* ut possit habere seruus libertatem, talis esse debet, ut praetor *siue* proconsul *eius* libertatem tueatur: nam et hoc lege Iunia cautum est. sunt autem plures causae, in quibus non tuetur *praetor uel* proconsul *libertatem*[1] . . .

In republikanischer Zeit scheint zu diesen „plures causae“ namentlich der Fall gehört zu haben, daß der Freigelassene sich weigerte, das eidliche Frondenversprechen zu wiederholen, das er als Sklave geleistet hatte.[2] Daß dieser mittelbare Zwang zur Eidesleistung noch in der Kaiserzeit geübt wurde, ist nicht erweislich. Sichere Fälle, in denen der Prätor die proclamatio in libertatem versagte, sind bei Ulp. 54, Paul. 50 erörtert, vgl. S. 382 n. 3.

§ 178. *SI EX SERUITUTE IN LIBERTATEM PETATUR*

Ulp. 54,[3] Paul. 50,[4] Gai. ad ed. pr. urb. h. t. (lib. 1),[5] Iulian. 43.[6]

Der Freiheitsprozeß führt zu verschiedenen formularen Gestaltungen, je nachdem die adsertio ex seruitute in libertatem oder umgekehrt ex libertate in seruitutem stattfindet. Nach der herrschenden Meinung gewährt der Prätor in beiden Fällen Präjudizialformeln, und zwar im erstgedachten Fall ein praeiudicium "an Pamphilus liber sit (ex iure Quiritium)",[7] im zweiten ein solches über die Frage, ob Pamphilus Sklave (des Klägers) sei, — in welcher Fassung, darüber sind die Ansichten geteilt.[8]

Was nun zunächst jenes erste praeiudicium betrifft, so haben wir dafür drei Quellenzeugnisse: § 13 I. (4. 6), Theophilus ad h. l., Diocl. et Maxim. C. h. t. 21.

Die Institutionenstelle lautet:

> Praeiudiciales actiones in rem esse uidentur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber uel an libertus sit, uel de partu agnoscendo. ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.

[1] Hierbei muß jedenfalls auch an Fälle legitim erlangter Freiheit gedacht werden.

[2] Cic. ad Att. VII, 2, 8: uetus illud Drusi, ut ferunt, praetoris in eo qui eadem liber non iuraret... Dazu Wlassak, SZ 28, 41 f., 54 ff. Als wörtliches Zitat aus dem Drusischen Edikt fasse ich übrigens obige Worte nicht auf (anders Wlassak, a. a. O. 55); dazu scheint mir der Konjunktiv iuraret nicht zu stimmen.

[3] h. t. 1, 3, 5, 7, (48. 18) 12, (49. 14) 7.

[4] h. t. 23.

[5] h. t. 2, 4, 6, (10. 4) 13.

[6] (43. 8) 6.

[7] Cic. pro Caec. c. 33 § 96.

[8] Bethmann-Hollweg, CP II, 335: s. p. Titium seruum A[i] A[i] esse. Rudorff, EP § 179: s. p. illum hominem q. d. a. seruum esse. Offenbar am ansprechendsten Bekker, Aktionen I, 284 n. 29: s. p. Pamphilum Agerii esse.

Theophilus bestätigt das hier Gesagte und gibt zugleich die intentio „εἰ φαίνεταί με ἐλεύθερον εἶναι".

C. 21 cit. endlich besagt:

> Eam, quae in possessione libertatis non sine dolo malo reperitur, in seruitutem constitutae simile habere praeiudicium edicto perpetuo „si controuersia erit, utrum ex seruitute in libertatem petatur an ex libertate in seruitutem" sui conceptione manifeste probatur.

Mit dem hier genannten Präjudizium kann natürlich nur dasjenige *an liber sit* gemeint sein:[1] der dolos erlangte Besitz der Freiheit ändert nach dem angezogenen Edikt (s. § 180) nicht die Parteirollen und also auch nicht die dadurch bedingte Fassung der Formel.[2]

Trotz des großen Gewichts dieser Zeugnisse ist mir nicht unzweifelhaft, ob das agere in libertatem in klassischer Zeit wirklich in Präjudizialform stattfand.[3] Denn der Beweiskraft obiger Stellen stehen gewichtige Gegengründe entgegen. Vor allem die Tatsache, daß bei Gai. IV, 44 unter den Beispielen von Präjudizien ein praeiudicium an liber sit nicht figuriert. Bei der ganz überragenden Bedeutung des Freiheitsprozesses gegenüber den von Gaius angeführten Beispielen, halte ich dies Fehlen für so bedeutsam, daß man m. E. nur die Wahl hat zwischen der Annahme, daß zu des Gaius Zeiten der Freiheitsprozeß nicht als praeiudicium verhandelt worden sei, und derjenigen eines Abschreiberversehens: der Schriftsteller selbst muß das Freiheitspräjudizium, wenn es existierte, auch zitiert haben.[4] Weiter fällt ins Gewicht, daß in den umfangreichen Exzerpten aus klassischen Juristen, die in den Digesten von der causa liberalis handeln, auch nicht an einer einzigen Stelle der Freiheitsprozeß als praeiudicium bezeichnet wird, während bei den sonstigen Präjudizien diese Eigenschaft nicht leicht unerwähnt bleibt.[5] Proclamare in libertatem,[6] uindicare oder petere in

[1] Ganz anders Wlassak, SZ 26, 395 n. 1. Er übersetzt „eam simile habere praeiudicium" mit: „es treffe die Frau der gleiche Nachteil", d. h. wohl: der Nachteil, daß sie ihre Freiheit beweisen müsse. Ich halte diese Auffassung der Stelle für sprachlich nicht möglich (vgl. auch das κατὰ πόδας zu Basil. XLVIII, 20, 21) und für sachlich unbefriedigend: daß der dolos erworbene Besitz der Freiheit die Beweislast nicht verändere, mochte allenfalls als „praeiudicium" i. S. eines besondern Rechtsnachteils empfunden werden, aber doch nicht die naturgemäße Ordnung der Beweislast für den in seruitute constitutus (simile praeiudicium).

[2] Karlowa, RG II, 1113, meint, „praeiudicium" könne in c. 21 cit. nicht praeiudicialis formula bedeuten: denn die müßte ja für die beiden Fälle verschieden lauten. Das ist ein Irrtum. Das praeiudicium „an liber sit" wäre für beide Fälle gleich passend gewesen.

[3] Nicht gefördert wird die Frage durch Maschke, Freiheitsprozeß im klass. Altertum (1888). Vgl. die Rezension dieses Buchs durch Ubbelohde, Gött. gel. Anz. 1888, 360ff.

[4] Ubbelohde, in Hartmann-Ubbelohde, ordo iud. 599 n. 8, will die Auslassung damit erklären, daß der Freiheitsprozeß Kognition geworden sei. Aber wie stimmt dazu die Tatsache, daß nach den zit. Stellen noch Diokletian und Justinian hier von praeiudicium sprechen?

[5] Cf. (40. 14) 6, (2. 4) 8 § 1, (22. 3) 18 pr., (25. 3) 5 § 18, eod. 3 § 2. 5, (42. 5) 30.

[6] Vgl. über diesen Ausdruck Wlassak, Grünh. Zschr. 19, 715f.

libertatem u. ähnl., das sind die Ausdrücke, die wir hier, den letzten auch offiziell im Edikt selbst (vgl. § 180), finden. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, daß der Freiheitsprozeß sich in seiner Natur sehr wesentlich von den sichern Präjudizien unterscheidet: bei diesen handelt es sich durchweg um eine bloße Vorfrage, deren Entscheidung (praeiudicium) zwar für die Vermögensverhältnisse der Parteien indirekt von großer Bedeutung sein kann, aber doch nicht selber sofort eine Entscheidung über diese Vermögensverhältnisse ist; dort dagegen steht ein wertvolles Vermögensobjekt in Frage, das jetzt sofort zu- oder abgesprochen werden soll. Durch diesen Umstand rückt der Freiheitsprozeß in die Nähe der actiones in rem, und es ist ja bekannt, daß er in der Legisaktionenperiode genau in denselben Formen wie diese letztern verhandelt wurde, in denen der legis actio sacramento in rem.[1] Sollte sich nun später der Freiheitsprozeß in seiner formularen Entwicklung völlig von den actiones in rem losgelöst haben?[2] Das agere per sponsionem war für ihn genau ebenso geeignet wie für diese; das Kautionenwesen der actiones in rem mußte ohnedies auch auf den Freiheitsprozeß Anwendung finden,[3] und für die klassische Zeit kann hier wohl schwerlich an eine andere Kaution als die stipulatio pro praede litis et uindiciarum gedacht werden. Warum soll nun der Freiheitsprozeß den Sprung vom agere per sponsionem zum Präjudizium gemacht haben und die actio in rem nicht?

Freilich, nach Untergang des Formularprozesses mußte auch dieser Fall des agere per sponsionem aufhören und der Freiheitsprozeß von selbst in die Präjudizialform hinübergleiten. Wäre es nun gar gewagt, anzunehmen, daß Justinian dieser Veränderung Rechnung trug, indem er die actio praeiudicialis an liber sit in die Institutionen und in c. 21 cit. einschob, wo es dann im Urtext geheißen haben müßte: similem habere sponsionem?[4]

Es kann mir selbstverständlich nicht beifallen, zu behaupten, durch obige Erwägungen sei die Nichtexistenz des praeiudicium de libertate in klassischer Zeit erwiesen.[5] Soviel aber scheint mir sicher: der Punkt ist keineswegs so klar, wie die herrschende Meinung glaubt, und es ist bei dieser Unklarheit auf eine Rekonstruktion der Formel am besten zu verzichten, die ja übrigens, wenn man in der Hauptsache besser unterrichtet wäre, keine Schwierigkeiten böte.

Was die Kommentare anlangt, so behandeln diese unter unserer Rubrik folgende Fragen:

[1] Gai. IV, 14, Cic. pro Caec. c. 33 § 97, Liv. III, c. 44 ff.

[2] Vgl. auch schon Zimmern, CP § 66 n. 7, Puchta, Cursus § 221 n. c.

[3] Daß der adsertor in libertatem kautionspflichtig war, ist sowohl aus praktischen Gründen — man denke nur an den Satz, daß der de statu suo litigans ordinato iudicio liberi loco habetur, — als auch nach den Quellen unzweifelhaft, vgl. Martial. 1, 52, 5, Thalel. zu Basil. XLVIII, 21, 1 (Heimb. IV, 783), C. (7. 17) 1 § 1. 2, C. Theod. (4. 8) 5 § 4, 6 § 5. Wlassak, SZ 26, 393 f.

[4] Mit diesem Zitat aus dem Edikt wäre natürlich nicht gesagt, daß noch zur Zeit der c. 21 per sponsionem agiert wurde.

[5] Vgl. auch Ubbelohde, Gött. gel. Anz. a. a. O. Zweifelnd auch Pissard, quest. préjud. (1907) 208.

1. Wer wird auch wider den Willen des angeblichen Sklaven als adsertor in libertatem zugelassen?[1]

2. Kann der adsertor in libertatem einen Prokurator aufstellen?[2]

3. Welchen Personen wird die proclamatio in libertatem denegiert?[3]

4. Prozessuale und verwandte Fragen.[4]

Die dritte dieser Fragen dürfte an eine Ediktbestimmung anknüpfen. Zwar beruht der von Ulpian und Paulus hier erörterte Rechtssatz, daß maiores XXV annis, die pretii participandi causa sich in die Sklaverei verkaufen ließen, zur proclamatio in libertatem nicht zuzulassen seien, (in seiner jüngsten Gestalt) auf Senatuskonsulten.[5] Das Edikt hat aber zweifellos mehrere Fälle namhaft gemacht, in denen der Prätor den Freiheitsschutz versagte — s. S. 378f., vgl. auch h. t. 7 § 4 —, und kann hierbei sehr wohl auf jene Senatuskonsulte Bezug genommen haben. Im übrigen dürften die obigen Fragen lediglich Nebenfragen sein, die in Anlehnung an die für das agere in libertatem proponierte Formel zur Sprache kamen. Die Juristen berufen sich für ihre Ansichten hier nicht auf Ediktworte, sondern auf aequitas,[6] Analogie,[7] Kaiserreskripte.[8]

Ob das calumniae iudicium tertiae partis wider den adsertor — Gai. IV, 175[9] — hier oder unter dem Titel de calumniatoribus proponiert war, wissen wir nicht.

Über die Zuständigkeit von Rekuperatoren s. S. 26 f.

§ 179. *SI EX LIBERTATE IN SERUITUTEM PETATUR*

Ulp. 55,[10] Paul. 50,[11] Gai. 20,[12] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. 2).[13]

Ich habe es bei der adsertio in libertatem dahingestellt gelassen, ob der Prozeß in Präjudizialform stattfand. Bei der petitio in seruitutem hat die entgegengesetzte Ansicht größte Wahrscheinlichkeit für sich:[14] die petitio in seruitutem war eine wider den adsertor[15] gerichtete actio in rem, über die

[1] Ulp. 54 h. t. 1, 3, 5, Gai. ad ed. pr. urb. de lib. cau. h. t. 2, 4, 6.

[2] Iulian. 43 (43. 8) 6. Fasse ich die ursprüngliche Beziehung dieser Stelle richtig, so fragt sich, welche Bedeutung bei einem bloßen praeiudicium, wofern der Freiheitsprozeß ein solches war, die Aufstellung eines procurator adsertoris hätte haben sollen.

[3] Ulp. 54 h. t. 7 pr.–§ 4, Paul. 50 h. t. 23 pr. § 1.

[4] Ulp. 54 (48. 18) 12, (49. 14) 7, h. t. 7 § ult. (letztere Stelle nimmt den Inhalt des Edikts des § 180 voraus). Paul. 50 h. t. 23 § ult., Gai. ad ed. pr. urb. h. t. (10. 4) 13.

[5] (40. 13) 3.

[6] h. t. 1 pr.

[7] (43. 8) 6, s. n. 2.

[8] (48. 18) 12, (49. 14) 7, h. t. 23 § ult.

[9] S. auch C. (9. 46) 5, (7. 16) 31.

[10] h. t. 8, (7. 7) 6.

[11] (3. 3) 54, (50. 16) 75, (41. 1) 47.

[12] h. t. 26.

[13] h. t. 9, (38. 2) 30, (7. 7) 4, (43. 16) 10.

[14] So auch Pissard, a. a. O. 210, der freilich nicht alle im Text angef. Argumente gelten läßt.

[15] Voigt XII, Taf. II, 120 n. 14, glaubt, der adsertor sei bei unserem iudicium gar nicht klassisch, sondern erst durch Konstantin eingeführt worden. Man lese C. Th. (4. 8) 5, 9.

vermutlich, wie über jede andere, entweder per formulam petitoriam oder per sponsionem verhandelt werden konnte.

Zunächst, negativ betrachtet, fehlt es an jedem, selbst an einem verdächtigen Zeugnis für die Existenz eines praeiudicium an homo q. d. a A^i A_i sit. Umgekehrt aber haben wir eine Reihe von Zeugnissen dafür, daß über die petitio in seruitutem in einer Form, die eine condemnatio des adsertor ermöglichte, also nicht in Präjudizialform verhandelt wurde.[1]

Gaius und Ulpian behandeln in ihren Kommentaren, mit Beziehung auf die petitio in seruitutem, die Frage nach der condemnatio fructuum nomine. Vgl. Gai. lib. 2 de lib. causa ed. urb. (7. 7) 4:[2]

> Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt . . . et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis seruorum.

Ulp. 55 eod. 6:

> Cum de serui operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt . . . Si minor annis quinque uel debilis seruus sit uel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum[3] potuit, nulla aestimatio fiet. Item uoluptatis uel affectionis aestimatio non habebitur. . . . Ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio.

Damit ist zusammenzuhalten Paul. 50 (50. 16) 75:

> Restituere is uidetur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controuersia ei facta non esset.[4]

Gewiß liegt es am nächsten, diese Stellen auf ein richterliches iussum de restituendo zu beziehen,[5] mögen auch andere Deutungen nicht ausgeschlossen sein. Und diese Deutung wird bestätigt durch eine Äußerung Julians, der in fr. 30 h. t., gelegentlich einer petitio in seruitutem, von einem „seruum duci debere" spricht,[6] und durch Papinian h. t. 36:

> Dominus, qui optinuit, si uelit seruum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogitur.

[1] Nebenbei sei auch darauf aufmerksam gemacht, daß Pomp. 37 ad edict. im Kommentar zur rei uindicatio die uindicatio in seruitutem, vielleicht die liberalis causa überhaupt erörtert zu haben scheint. Arg. (6. 1) 1 § 2 ict. (42. 1) 36.

[2] In ähnlichen Zusammenhang gehört auch Gai. eod. (43. 16) 10: der dort behandelte Fall ist der Analogie halber herangezogen, um eine Handhabe für Entscheidung des Falls zu geben, wo der unberechtigte Widerspruch des adsertor die Ursache zum Erlöschen eines Nießbrauchs am Sklaven geworden war.

[3] Also der dominus ist der Kläger; es ist kein Rechtsstreit bloß de operis.

[4] Hierher wohl auch Paul. 50 (41. 1) 47: Umfang der Haftung gegenüber einem klagenden Usufruktuar.

[5] Ubbelohde, a. a. O. 365, deutet sie vielmehr auf die Verpflichtung des adsertor aus der von ihm zu stellenden Kaution, die wohl als cautio p. p. l. u. zu denken wäre. S. auch Pissard, a. a. O. 208. Aber warum sollten die Juristen das Detail dieser Kaution hier vorausgenommen haben, statt sie unter dem Titel de stipulationibus zu besprechen?

[6] Der Passus „et sane ridiculum est arbitrari eum p. p. d. duci" usw., auf den ich noch in EP² besonderes Gewicht legte, ist sicher itp. oder gl., vgl. Beseler III, 153, Levy, SZ 36, 11. Mißverstanden wurde dieser Passus von Ubbelohde, a. a. O. 363 (vgl. EP² 370[7]).

Papinian würde eine solche Bemerkung schwerlich gemacht haben, wenn nicht die Form des Prozesses die gegenteilige Ansicht nahegelegt hätte, und das war der Fall, wenn der Prozeß per formulam petitoriam vor sich ging. Das iussum de restituendo freilich fand hier wie sonst seine Sanktion nur in der drohenden condemnatio pecuniaria; aber der Kläger konnte statt auf dieser zu bestehen, einfach sein nunmehr gerichtlich anerkanntes Herrenrecht über den Sklaven durch dessen abductio geltend machen.

Nach alledem dürfte sich die Annahme rechtfertigen, daß die Formel der petitio in seruitutem genau die Gestalt der rei uindicatio hatte: die petitio in seruitutem war nur eine Form der letztern.[1] Daneben fand aber auch das agere per sponsionem statt. Dies scheint mir aus Ulp. 77 (46. 1) 33 hervorzugehen; die im Urtext dieser interpolierten Stelle (vgl. Ulp. nr. 1706) zugelassene translatio der Beklagtenrolle auf den adsertor beweist, daß die Form des Verfahrens (es ist cautio p. p. l. u. gestellt, also agere per sponsionem anzunehmen) bei der petitio in seruitutem genau die gleiche war wie bei der gewöhnlichen Vindikation.

Im übrigen erörtern die Kommentare des Ulpian und Gaius, soweit hierhergehörige Stellen erhalten sind, noch die Frage, welche Personen zur petitio in seruitutem berechtigt seien und wie es bei Mehrheit derart Klagberechtigter zu halten.[2] Die intentio lautete natürlich nach Verschiedenheit der Fälle so oder so von der Normalformel — der für die Klage des Eigentümers — abweichend (vgl. z. B. h. t. 8 § 1. 2): das Album dürfte nur diese letztere enthalten haben.

Paul. 50 (3. 3) 54 pr. zählt eine Reihe von Personen auf, die nicht als idoneus defensor anzusehen seien; wahrscheinlich ist die adsertio in libertatem gegenüber der petitio in seruitutem gemeint.[3] § 1 derselben Stelle gehört einer Erörterung über den Ort, wo diese defensio zu übernehmen, an. Hier wie dort scheinen keine Ediktsätze zugrunde zu liegen.

§ 180. SI CONTROUERSIA ERIT, UTRUM EX SERUITUTE IN LIBERTATEM PETATUR AN EX LIBERTATE IN SERUITUTEM

Ulp. 55,[4] Paul. 51,[5] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. c. (lib. 2),[6] Iulian. 43.[7]

Die obigen Worte sind als ediktal in c. 21 h. t. (Diocl. et Max.) überliefert; das Zitat gibt vermutlich die Rubrik des Edikts wieder, die dessen Anfangsworten entnommen gewesen sein wird.[8] Den Inhalt des Edikts bietet Ulp. 54 fr. 7 § ult. h. t.:

[1] Wundersame Formel bei Kniep, Gaius 252.

[2] Ulp. h. t. 8, vgl. auch 12 § 5, Gai. h. t. 9, s. auch (38. 2) 30.

[3] Vgl. übrigens auch C. (7. 17) 1 § 1.

[4] h. t. 10, 12 pr.-§ 5.

[5] h. t. 24, (50. 17) 164.

[6] h. t. 11.

[7] (22. 3) 20.

[8] Vgl. Thalelaeus in h. l. (Basil. ed. Heimb. IV, 776): *ταῦτα τὰ ῥήματά εἰσι τοῦ ἐδίκτου, ἔνθα εἶπεν ὁ πραίτωρ, εἰ ἀμφιβολία ἐστί, τί χρὴ γίνεσθαι.* Wlassak, Grünh. Z. 19, 728 (s. auch Litiscont. 74 n. 1), will als Rubrik

Si quis ex seruitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si uero ex libertate in seruitutem petatur, is partes actoris sustinet qui seruum suum dicit[1]. igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in seruitutem aut contra agatur. et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse,[2] is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit seruum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare.

Unser Edikt betrifft das, was sonst beim Freiheitsprozeß die ordinatio litis genannt wird;[3] der Prätor machte die Verteilung der Parteirollen und damit der Beweislast davon abhängig, ob derjenige, über dessen Freiheit gestritten wurde, „eo tempore, quo primum in ius aditum est,[4] sine dolo malo in libertate fuerit" oder nicht.

Die Form dieses vorbereitenden Rechtsstreits war nach fr. 7 § 5 cit. die der magistratischen Kognition.[5] Die Stelle setzt aber voraus, daß auch der Freiheitsprozeß selbst, nicht bloß diese Vorverhandlung vor dem Magistrat vorgeht; dies ergibt sich aus den Worten „hoc ante apud eum qui de libertate cogniturus est disceptatur", die die Identität der beidemal entscheidenden Person dartun. Ulpian wird dabei den praetor de liberalibus causis und die Konsuln im Auge gehabt haben, die zu seiner Zeit für Freiheitsprozesse zuständig waren,[6] wiewohl dies Gebiet dem ordentlichen Prozeß mit Geschworenen damals noch keineswegs entzogen war.[7] Eben aus der Mehrheit der zuständigen Magistraturen erklärt sich die Unbestimmtheit der Bezeichnung.[8] Fraglich bleibt, ob auch im ordentlichen

für unser Edikt lieber die (als solche jedenfalls nicht bezeugten) Worte „de ordinanda liberali causa" oder ähnliche setzen. Er glaubt, daß die von mir als Rubrik gesetzten Worte in c. 21 h. t. nicht als Rubrik, sondern nur als Anfangsworte des Edikts zitiert seien. Letztere Zitierweise war aber bei Edikten nicht üblich. Damit soll nicht bestritten sein, daß im Album da oder dort auch der Ausdruck „ordinare lib. causam" vorgekommen sein kann; noch viel weniger habe ich jemals daran gedacht (was mir Wlassak, SZ 26, 395 n. 1 zuschreibt) zu bestreiten, daß die Worte unserer Rubrik zugleich auch Worte des Edikts selbst gewesen sein mögen. Um jeden Zweifel auszuschließen, habe ich dies im Text jetzt ausdrücklich ausgesprochen.

[1] Bis hierher nicht Inhalt des Edikts, sondern Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen.

[2] Hierher die eingangs angeführten Kommentarfragmente. S. auch C. (4. 19) 15.

[3] Vgl. C. (7. 21) 4: ordinata lite secundum formam edicti. Über den Terminus vgl. Wlassak, Litiscont. 73ff.

[4] Ulp. 55 (40. 12) 12 § 4; vgl. auch Iulian. 43 (22. 3) 20: eo tempore quo primum lis ordinaretur.

[5] Vgl. Wlassak, Grünh. Z. 19, 711ff., SZ 26, 395 n. 1.

[6] Wlassak, a. a. O., Jörs, Unters. z. Gerichtsverf. d. röm. Kaiserz. (1892) 49f.

[7] A. M. für den Streit um die libertas ex iure Quiritium Karlowa, RG II, 1108ff. Vgl. aber (5. 3) 7 § 1. 2, h. t. 8 § 1. 2, 9 pr., 23 § 2, 42.

[8] Jörs, a. a. O. 50. Es besteht daher auch kein Anlaß zur Annahme einer Interpolation. Anders die 1. Aufl., auch Naber (obs. 83), Mnemos. 27, 253.

Verfahren die Erledigung der Vorfrage durch den Prätor und nicht etwa durch ein praeiudicium stattfand.[1] Für letztere Annahme könnte man sich darauf berufen, daß ja auch im Eigentumsprozeß die Regelung der Parteirollen nicht durch magistratische Kognition erfolgte; doch ist diese Analogie kein entscheidendes Argument.[2]

In Zusammenhang mit unserm Edikt denke ich mir die Ediktbestimmung von der Ulpian in fr. 39 § 5 (3. 3) berichtet:

> Si status controuersiam cui faciat procurator, siue ex seruitute in libertatem aduersus eum quis litiget siue ipse ex libertate in seruitutem petat, debet cauere ratam rem dominum habiturum . et ita edicto scriptum est, ut ex utroque latere quasi actor habeatur.

Die Kautionspflicht des adsertor war von der Regelung der Parteirollen unabhängig; da der Satz „ordinata liberali causa liberi loco habetur is qui de statu suo litigat" galt, einerlei ob der adsertor Klägerrolle oder Beklagtenrolle hatte, so muß dieser in jedem Fall kautionspflichtig gewesen sein.[3] Ob die Kautionspflicht an dieser oder einer andern Stelle des Edikts geordnet war, wissen wir nicht.

§ 181. *SI QUIS EI, CUI BONA FIDE SERUIEBAT, DAMNUM DEDISSE DICETUR*

Ulp. 55,[4] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de lib. causa (lib. *2*).[5]

Ulp. 55 h. t. 12 § 6:

> Si quod damnum mihi dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tempore, quo bona fide mihi seruiebat, . . . in id mihi condemnabitur.

Die Formel war nach Gai. h. t. 13 pr. in factum konzipiert, enthielt aber wahrscheinlich nicht die von Rudorff, EP § 181, eingefügten Worte „dolo malo"; denn gegen diese Einfügung spricht sowohl die Ausdrucksweise des Gaius — illud certum est — als auch der von Ulpian in fr. 12 § 6 angeführte Beispielsfall, wo gar kein damnum dolo malo datum vorliegt.

[1] Dafür die 1. Aufl., dagegen Wlassak, SZ 26, 395 n. 1.

[2] Andererseits fehlt es auch an entscheidenden Gegengründen. Insbesondere vermag ich nicht einzusehen, inwiefern (siehe Wlassak, a. a. O.) bei einem Präjudizialverfahren die Sicherheitsleistung des adsertor ihren Zweck verfehlt hätte. Man beachte, daß der, um dessen Freiheit gestritten wurde, keinesfalls schon durch den bloßen Spruch des Präjudizialrichters in den Besitz der Freiheit eintrat; die ordinatio litis geschah gewiß nicht durch diesen Spruch, sondern, allerdings auf Grund seiner, durch den Magistrat, der dann auch Gelegenheit hatte, rechtzeitig für die Kaution zu sorgen. Vgl. C. (7. 16) 14 (constituitur!) und dazu Partsch, SZ 31, 425.

[3] Ob, wie Wlassak, a. a. O. 394, vermutet, im Fall des „uoluntate domini in libertate morari" eine Ausnahme stattfand, muß dahingestellt bleiben. Daß in diesem Fall irgendeine Sonderbestimmung Platz griff, dürfte aus den von Wlassak angef. Stellen allerdings hervorgehen; ob aber gerade die obige, bleibt zweifelhaft.

[4] h. t. 12 § 6.

[5] h. t. 13.

§ 182. *SI QUIS, CUM SE LIBERUM ESSE SCIRET, DOLO MALO PASSUS ERIT SE PRO SERUO UENUM DARI*

Ulp. 55,[1] Paul. 51.[2]

Ulp. 55 h. t. 14 pr. § 1:

Rectissime praetor calliditati eorum, qui, cum se liberos scirent, dolo malo[3] passi sunt se pro seruis uenumdari, occurrit. Dedit enim in eos actionem, quae actio totiens locum habet, quotiens non est in ea causa is qui se uenire passus est, ut ei ad libertatem proclamatio denegetur . . .

Ulp. 55 h. t. 18 pr.:

In tantum ergo tenetur, quantum dedit uel in quantum obligatus est, scilicet in duplum.[4]

Die actio — formula in factum concepta, h. t. 22 pr., — scheint verheißen gewesen zu sein

ei, qui eum emerit, cum eum liberum esse nesciret.[5]

Rudorff, EP § 180, hat in seiner Formelrekonstruktion dies Erfordernis übersehen.

Tit. XXXII

DE PUBLICANIS[6]

Ulp. 55, Paul 52, Gai. 21, Gai. ad ed. pr. urb. tit. de publicanis.

§ 183. *QUOD PUBLICANUS UI ADEMERIT*

Ulp. 55,[7] Paul. 52,[8] Gai. 21,[9] Gai. ad ed. pr. urb. h. t.[10]

Ulp. 55 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: QUOD PUBLICANUS[11] [EIUS][12] PUBLICI[13] NOMINE UI ADEMERIT QUODUE FAMILIA PUBLICANORUM,[14] SI ID RESTITUTUM NON ERIT,[15] IN DUPLUM[16]

[1] h. t. 14, 16, 18, 20, 22.

[2] h. t. 15, 17, 19, (50. 16) 76, (50. 17) 164.

[3] Ulp. 55 h. t. 14 § 2, 16 pr. § 1, Paul. 51 h. t. 15.

[4] Ulp. 55 h. t. 18 § 1, 20, Paul. 51 h. t. 19 = (50. 16) 76. Vgl. auch Modestin. h. t. 21 pr.

[5] Ulp. 55 h. t. 16 § 2–4, 22 pr.–§ 5, Paul. 51 h. t. 17. Bei Ulp. 55 fr. 22 cit. ist die Formel kommentiert.

[6] D. (39. 4); zum Titel vgl. Ulp. 55 h. t. 1 § 1.

[7] h. t. 1, 3.

[8] h. t. 4 pr.

[9] h. t. 2.

[10] h. t. 5.

[11] Rudorff, EP § 182, schiebt ein: „sociusue", wie mir scheint, ohne hinreichenden Grund, vgl. die Interpretation in fr. 3 § 1.

[12] Vgl. Arangio-Ruiz, st. Perozzi (1925) 233[3].

[13] *Flor.:* publicani. Publici liest Cujaz (opp. V, 688) nach den Basiliken (ὀνόματι τοῦ τέλους). Andere m. E. minder gute Konjekturen s. bei Rudorff, EP § 182 n. 3, Cohn, zum röm. Vereinsrecht (1873) 216 f.

[14] Ulp. 55 h. t. 1 § 5.

[15] Gai. ad ed. pr. urb. de publ. h. t. 5 pr.

[16] Gai. eod. h. t. 5 § 1.

AUT, SI POST ANNUM AGETUR, IN SIMPLUM IUDICIUM DABO. [ITEM SI DAMNUM INIURIA FURTUMUE FACTUM ESSE DICETUR, IUDICIUM DABO].[1] SI HI AD QUOS EA RES PERTINEBIT NON EXHIBEBUNTUR,[2] IN DOMINOS SINE NOXAE DEDITIONE IUDICIUM DABO.[3]

Von den Kommentaren zu den Formeln ist nichts überliefert. Wahrscheinlich waren sie in factum nach den Ediktworten konzipiert: *s. p. . . . ut ademisse idque restitutum non esse.*[4] Aus der Mahnung in fr. 3 § 3 h. t. ist zu ersehen, daß die Musterformel nicht etwa auf den Fall „si plures admiserint" gestellt gewesen ist; sie nannte vermutlich, wie das Edikt, als mögliche Täter den publicanus selbst und die familia nebeneinander, wodurch für den Kläger die Beweislast erleichtert wurde.[5] Sicher falsch ist es, wenn Rudorff, EP § 182, eine von ihm mit Rücksicht auf den Schluß des Edikts hinzugefügte Formel (sine noxae deditione) so anhebt:

S. p. Nm Nm familiam suam . . . Ao Ao non exhibuisse . . .

Der Sinn der Schlußworte des Edikts ist hier offenbar mißverstanden: ob Beklagter exhibierte oder nicht, entschied sich in iure, und letzternfalls wurden nur einfach die Worte aut noxae dedere in der gewöhnlichen Formel gestrichen.

§ 184. [*QUOD PUBLICANUS ILLICITE EXEGERIT*]

Paul. 5 sent. h. t. 9 § 5:

Quod illicite publice priuatimque exactum est, cum altero tanto passis iniuriam exsoluitur.

Modestin. h. t. 6, Seuer. et Anton. C. (2. 11 [12] 2.

In EP¹ und EP² hatte ich diese Zeugnisse auf ein besonderes Edikt bezogen, allein Levy[6] hat m. E. wahrscheinlich gemacht, daß ihr Beziehungspunkt lediglich das Edikt des § 183 ist. In C. (4. 62) 3 dürfte überhaupt nicht an eine actio, sondern an koerzitives Einschreiten des Magistrats gedacht sein.

§ 185. [*DE UECTIGALIBUS*]

Paul. 52,[7] Gai. 21,[8] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de publ.[9]

Gai. IV, 28:

[1] Über die Interpolation des Worts furtum und die dadurch veranlaßten weiteren Interpolationen in fr. 1 § 2. 3. 4 und 3 § 3 vgl. oben S. 336. Aber nicht bloß die Erwähnung des furtum, sondern auch die des damnum ist itp. Vgl. Arangio-Ruiz, a. a. O. 231 f.

[2] So ist die fehlerhafte Lesart des fr. 1 pr. nach fr. 1 § 6 h. t. zu verbessern. Zum Ausdruck vgl. die tab. Atestina (bei Bruns, fontes ed. VII, 101) lin. 3. 4.

[3] Ulp. 55 h. t. 1 § 6, 3.

[4] Gai. h. t. 5 pr.

[5] Nicht ediktal ist daher die zweite Formel Rudorffs, EP § 182. Ohne Zweifel war die Formel auf die „familia" abgestellt in dem Sinn der in fr. 2 § 14 (47. 8) angegebenen Beweiserleichterung.

[6] Konk. I, 489f.

[7] h. t. 4 § 1. 2.

[8] (19. 1) 20.

[9] eod. 19.

. . . lege censoria[1] data est pignoris ca*p*io[2] publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua leg*e* uectigalia deberent.[3]

Gai. IV, 32:

. . . in ea forma, quae publicano proponit*ur,* talis fictio est, ut, quanta pecunia olim,[4] si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.

In den früheren Auflagen hatte ich die hier erwähnte forma mit der herrschenden Meinung als formula genommen. Durch Wlassaks Ausführungen (Judik. befehl 278 f.) ist es aber wahrscheinlich geworden, daß hier an die forma censualis und Zensorengericht zu denken ist, nicht an eine dem album praetoris zugehörige Formel. Die von mir angef. Stellen aus Paulus und Gaius dürften allgemeinen Erörterungen de publicanis entnommen sein.

Ob mit dem in § 183 belegten Edikt der Inhalt des Titels de publicanis erschöpft ist, läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Was aus Cicero über das Mucianische, das Verrinische und sein eigenes Provinzialedikt zu erfahren steht,[5] gewährt für eine Rekonstruktion des Hadrianischen Albums keine auch nur annähernd sichere Grundlage. Mehr als zweifelhaft bleibt namentlich auch, ob das Edikt sich mit dem Konfiskationsrecht (de commissis) beschäftigte.[6] Daß der Digestentitel (39. 4) „de publicanis et uectigalibus et commissis" lautet, ist selbstverständlich kein ausreichender Beweis dafür.

Tit. XXXIII

§ 186. DE PRAEDIATORIBUS

Ulp. 56,[7] Paul. 53,[8] Gai 21,[9] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de praediatoribus.[10]

Daß das Edikt einen Titel de praediatoribus enthielt, ist durch die Inskription des fr. 54 (23. 3) (n. 10) sichergestellt. Welchen Inhalts er war,

[1] Auf die Ausdrucksweise der Übernahmsbedingungen, die bekanntlich die Übernahme bald als emptio bald als conductio bezeichnen — Fest. s. v. Venditiones, vgl. z. B. lex agraria (C. I. L. I, 75 n. 200) lin. 25. 85. 87 — beziehe ich die S. 388 n. 8. 9 angeführten Stellen.

[2] Vgl. Cic. in Verr. II 3, c. 11 § 27: publicanus petitor ac pignerator.

[3] Paul. 52 h. t. 4 § 1. 2.

[4] Vgl. Wlassak, röm. Prozeßges. I, 254 n. 32.

[5] Vgl. die Zusammenstellung bei Rudorff, EP 169 f.

[6] Restitution gegen ein stattgehabtes commissum gewährte der Prätor: (4. 4) 9 § 5. Das committi selbst beruhte auf der lex censoria. Varro de R. R. II, 1, 16: ne, si inscriptum pecus pauerint, lege censoria committant. Vgl. Heyrovsky, über die rechtl. Grundlage der leges contractus (1881) 49.

[7] (50. 16) 40 pr., (50. 17) 140. Letztere Stelle deute ich auf usureceptio ex praediatura (Gai. II, 61), vgl. Paul. 53 (4. 6) 31.

[8] Paul. 53 (4. 6) 31 — usureceptio? —, (21. 2) 42 — Eviktion durch den praediator? —, (50. 16) 39.

[9] (12. 1) 28 — Unzulänglichkeit der subsignierten praedia?

[10] (23. 3) 54. (50. 17) 139?

das muß bei der Geringfügigkeit der erhaltenen Fragmente um so mehr dahingestellt bleiben, als ja nicht nur das Detail des ius praediatorium, sondern das Wesen des ganzen Instituts schon an sich den Gegenstand bekannter endloser Kontroversen bildet.[1] Nur soviel wird als wahrscheinlich betrachtet werden dürfen, daß der Prätor iurisdictio „e lege dicta praedibus et praediis uendundis“[2] versprach.

Anscheinend Worte des Edikts erläutern folgende Stellen.

Paul. 53 (50. 16) 39:

Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est: nam ueteres subsignationis uerbo pro adscriptione uti solebant.[3] (§ 1) Bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.[4] (§ 2) Detestari est absenti denuntiare.[5] (§ 3) Incertus possessor[6] est quem ignoramus.

Ulp. 56 eod. 40 pr.:

Detestatio est denuntiatio facta cum testatione (s. n. 5).

Interessant ist schließlich noch das Fragment, dessen Inskription wir die Kenntnis unseres Titels verdanken, fr. 54 (23. 3):

Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse uidentur.

Die Stelle bezieht sich entweder auf einen Fall der publicatio dotis[7] oder, was wahrscheinlicher, wir können aus ihr darauf schließen, daß der Prädiator die dem praes gegebene dos nicht mitverkaufen durfte.[8] Unter allen Umständen aber lernen wir aus dem Fragment, daß in den Kommentaren zum Edikttitel de praediatoribus Untersuchungen darüber anzustellen waren „quanta dos sit“, und ich wage auf Grund dessen, natürlich mit allem Vorbehalt, die Vermutung, daß das rätselhafte[9] praeiudicium quanta dos sit bei Gai. IV, 44 vielleicht hierhergehören mag.

Über den Exkurs de possessione et usucapione, der in den Kommentaren des Paulus und Gaius, wie auch im Julianischen System hinter dem Edikt de praediatoribus eingeschoben ist, vgl. oben S. 24 f.

[1] Vgl. die Übersicht bei Kuntze, Institutionen II (2. Aufl. 1880), 506f. Dazu jetzt Karlowa, RG II, 46f., Schloßmann, SZ 26, 285f., und vor allem Partsch in Sethe-Partsch, demot. Urkden. 659f.

[2] Vgl. lex Malacit. c. 65: ita ius dicito, ut ei, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt, praedes socii heredesque eorum i*i*que, ad quos ea res pertinebit, de is rebus agere easque res petere persequi recte possint.

[3] Bezieht sich offenbar auf die subsignatio praediorum.

[4] L. Malacit. c. 64: ii omnes et quae cuiusque eorum tum ⟨*fuerunt*⟩ erunt . . . quaeque postea esse . . . coeperint . . ., obligati obligat*a*que sunto. Vgl. Cic. in Verr. II[1], c. 54 § 142: in bonis . . . uendundis; pro Flacco c. 18 § 43: cuius fratris bona, quod populo non soluebat, praetore Flacco publice uenierunt.

[5] Vorschrift beim Verkauf der praedia? Unterbrechung der usureceptio (Karlowa, RG II, 58)?

[6] Praediorum subsignatorum?

[7] Vgl. Iulian. 18 (24. 3) 31 pr., C. (5. 18) 2, auch edict. Tib. Iul. Alex. (Bruns, fontes ed. VII, 243) § 5 i. f.

[8] Vgl. Rivier, Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque (1863), 126. Vgl. Partsch, griech. Bürgschr. 392.

[9] Vgl. statt vieler Bekker, die Aktionen I, 285 n. 36, Karlowa, RG II, 1184f., Pissard, quest. préjud. (1907) 215. In den

Tit. XXXIV

DE UI TURBA INCENDIO RUINA NAUFRAGIO RATE NAUE EXPUGNATA

Ulp. 56, Paul. 54, Gai. 21.

§ 187. *DE HOMINIBUS ARMATIS COACTISUE ET UI BONORUM RAPTORUM*[1]

Ulp. 56,[2] Paul. 54,[3] Gai. 21.[4]

Die Digesten lassen Ulp. 56 h. t. 2 pr. berichten:

> Praetor ait: SI CUI DOLO MALO HOMINIBUS COACTIS DAMNI QUID FACTUM ESSE DICETUR SIUE CUIUS BONA RAPTA ESSE DICENTUR, IN EUM, QUI ID FECISSE DICETUR, IUDICIUM DABO . ITEM SI SERUUS FECISSE DICETUR, IN DOMINUM IUDICIUM NOXALE DABO.

Dieser Bericht und der ihn begleitende Kommentar Ulpians gibt Anlaß zu Zweifeln.

Cicero pro Tullio c. 3 § 7 überliefert uns folgende intentio:

> quantae pecuniae paret dolo malo . . . ui hominibus armatis coactisue damnum datum esse.

Augenscheinlich gehörte diese intentio zu einer Formel, die dem ersten Satze unseres Edikts entsprach. Danach ist zu schließen, daß zur Zeit Ciceros es auch im Edikt nicht einfach „dolo malo", sondern „ui dolo malo", nicht „hominibus coactis", sondern „armatis coactisue" hieß. Sind die in Ulpians Referat fehlenden Worte erst durch die Kompilatoren beseitigt worden? oder waren sie schon im edictum perpetuum selber ausgefallen?

Beginnen wir mit dem Wort „ui". In der 1. Aufl. habe ich mit Rudorff[5] und Huschke[6] angenommen, daß das Wort dem edictum perpetuum noch angehörte.[7] Diese Meinung ist unhaltbar. Mag Ulpian in fr. 2 § 1 h. t. auch versichern:

> Hoc edicto contra ea, quae ui committuntur, consuluit praetor . . .:

diese Bemerkung bleibt wahr, auch wenn das Edikt nicht ausdrücklich von uis sprach. Und daß es dies nicht tat, erhellt aus fr. 2 § 8 h. t.:

> Doli mali mentio hic et uim in se habet . nam qui ui[m] facit, dolo malo *fa*cit, non tamen qui dolo malo facit, utique et ui facit . [ita

von letzterem angef. Fällen hätte es nimmermehr zu einem praeiud. *quanta* dos sit kommen können, sondern nur zu einem solchen über die Dotalität einzelner Sachen.

[1] D. (47. 8), C. (9. 33), I. (4. 2). Zur Rubrik vgl. (50. 16) 195 § 3.

[2] h. t. 2, (48. 2) 15, (50. 16) 40 § 1–3.

[3] h. t. 3.

[4] h. t. 5, (50. 16) 41.

[5] EP § 185.

[6] In den Anal. litter. seines Vaters 191.

[7] Anders Keller, semestr. 563f., 599f., Karlowa, RG II, 1341f.

dolus habet in se et uim: et sine ui, si quid callide admissum est, aeque continebitur].[1]

So konnte der Jurist sich nicht ausdrücken, wenn er im Edikt die Worte gelesen hätte: dolo malo ui. Es bleibt aber eine Schwierigkeit. In fr. 2 § 7 sagt uns Ulpian, daß nach den Ediktworten (non puto deficere uerba), auch der hafte „qui solus uim fecerit".[2] Das verträgt sich nicht mit dem angeführten Text, kann auch nicht, wie Savigny[3] meint, mittels einer „etwas" gewaltsamen Interpretation aus ihm herausgelesen worden sein. Bei der Fassung „dolo malo hominibus coactis" stehen wir vor einem Rätsel: die Behauptung, daß diese Worte auch denjenigen treffen „qui solus uim fecerit" gehen gegen den klaren Text. Wie sollen wir diesen offenbaren Widerspruch zwischen zwei Paragraphen desselben Fragments lösen? Vielleicht finden wir den Schlüssel, wenn wir dem andern von Cicero überlieferten, in dem Edikt der Digesten verschwundenen Worte — armatis — nachspüren.

Savigny[4] und Keller[5] sprechen das Wort „armatis" dem edictum perpetuum ab. Mir[6] scheint umgekehrt aus fr. 2 § 7 (vgl. auch fr. 2 § 2) mit Sicherheit hervorzugehen, daß Ulpian das Wort im Album vor Augen gehabt haben muß. Ulpian erörtert hier, wie schon bemerkt, die Frage, ob auch der durch eine einzige Person gewaltsam verursachte Schaden unter die Ediktbestimmung falle, und begründet die bejahende Antwort mit den Worten:

> hoc enim quod ait „hominibus coactis", ut siue solus uim fecerit siue etiam hominibus coactis, sic accipere debemus etiam hominibus coactis uel armatis uel inermibus hoc edicto teneatur.

Der Satz ist augenscheinlich in der Kompilation etwas in Unordnung geraten. Savigny, a. a. O. 235, emendiert glücklich nach Heise:

> hoc enim quod ait „hominibus coactis" sic accipere debemus: „etiam hominibus coactis", ut siue solus uim fecerit siue etiam hominibus coactis uel armatis uel inermibus hoc edicto teneatur.

Jedenfalls ist der Sinn klar. Ich frage nun: was kann Ulpian in diesem Zusammenhang, wo auf die Frage der Bewaffnung gar nichts ankam, zur Berührung dieses Punkts veranlaßt haben, wenn nicht der Wortlaut des Edikts selber? Und diese Folgerung aus Ulpians Kommentar erhält ihre Bestätigung durch Gaius, der in fr. 41 (50. 16) gelegentlich unseres Edikts — die Inskription lib. 21 duldet keine andere Beziehung — den Begriff arma erörtert:

> Armorum appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat, sed et fustes et lapides.

Freilich wird das Wort armatis schwerlich durch bloßes Abschreiber-

[1] Anders faßt die Itp. Levy, Konk. I, 490[3] im Anschluß an Keller.

[2] Vgl. auch fr. 2 § 9 h. t.

[3] Verm. Schr. III, 233.

[4] a. a. O.

[5] a. a. O. 564f.

[6] Ebenso Rudorff, EP § 185 n. 7.

versehen ausgefallen sein. Es dürften vielmehr die Kompilatoren gelegentlich der Aufhebung des interdictum de ui armata[1] beschlossen haben, alle privatrechtlichen Besonderheiten der uis armata zu beseitigen, und darum den Text sowohl des Edikts wie des Kommentars zu den Worten „armatis coactisue" absichtlich verändert haben. Das läßt sich gerade an der uns beschäftigenden Stelle des Kommentars mit größter Wahrscheinlichkeit nachweisen. In fr. 2 § 6 hatte Ulpian gesagt:

> sed et si unus homo coactus sit, adhuc dicemus homines coactos.

Im Fortgang seines Kommentars mußte er notwendig weiter fragen: Quid si neminem coegerit reus, sed solus armatus (also uno homine armato) damnum dederit? Und gerade auf diese Frage erteilte das auch in Savignys Emendation noch anstößige fr. 2 § 7 im Urtext die Antwort. Ulpian hatte geschrieben:

> Item si proponas solum *armatum* damnum dedisse, non puto deficere uerba: hoc enim quod ait „hominibus *armatis* coactis*ue*" sic accipere debemus: „etiam hominibus coactis", ut siue solus *armatus*[2] uim fecerit siue etiam hominibus coactis uel armatis uel inermibus hoc edicto teneatur.

Das Edikt sah so verstanden zwei Fälle vor: die uis armata (durch die Worte dolo malo hominibus armatis), die uis hominibus coactis (durch die Worte dolo malo hominibus coactis).[3]

Unsere Vermutung löst zugleich auch zwei weitere Probleme. Wir haben gesehen, daß die erste Klausel des Edikts das Wort „uis" nicht enthielt. Dieses selbe Wort ist aber unumgänglich in der zweiten Klausel „siue cuius bona rapta esse dicentur", — denn die daraus entspringende actio hieß „ui bonorum raptorum".[4] Warum hat man dies Wort im Text des Edikts gestrichen? Andererseits muß es auffallen, daß Ulpians Kommentar den Fall des Raubes, der im Edikt den Gegenstand einer besondern zweiten Klausel bildet, wiederholt in die Erörterung der ersten Klausel „si cui . . . damni quid factum esse dicetur" hereinzieht.[5] Man erkennt in diesem Wirrsal unschwer die Hand der Kompilatoren, die in fr. 4 § 6 Ulpian sagen lassen:

> ibi de eo damno praetor loquitur quod dolo malo hominibus coactis datum est uel raptum etiam non coactis hominibus.

Damnum quod raptum est! Wo liegt der Grund dieser Interpolationen? M. E. in folgendem. Im Originaltext hatte Ulpian hervorgehoben, daß die zweite Klausel keine uis armata verlange, sondern jedwede Art von Gewalt genügen lasse. Nun hatten aber die Kompilatoren dadurch, daß sie in der ersten Klausel das Wort „armatis" unterdrückten und im Kom-

[1] S. § 245.

[2] Auch in fr. 2 § 9 h. t. ist zu lesen: si quid solus admiserit non ui *armata*.

[3] Dies dürfte Ulpian schon in dem ebenfalls korrumpierten fr. 2 § 2 h. t. hervorgehoben haben.

[4] Cf. auch C. (3. 41) 4, (9. 33) 2–4, wo überall das „ui rapuisse" als Voraussetzung der actio hervortritt.

[5] h. t. 2 § 2. 3. 12.

mentar dazu alles auf das Erfordernis der arma Bezügliche strichen, auch die erste Klausel auf jede Art von uis anwendbar gemacht. Da lag es ungemein nahe, durch weitere Interpolationen diesen Kommentar auch auf den Fall des Raubes zu erstrecken und in der zweiten Klausel das Wort „ui", das ihr bis dahin ihren besondern Charakter gegeben hatte, zu beseitigen.[1] Daß bei diesem Verfahren die Harmonie des Kommentars in die Brüche ging, daß da und dort Ulpian in Widerspruch mit sich selbst gesetzt wurde, ist begreiflich genug; die Kompilatoren hat es nicht gestört.[2]

Außer den bereits angedeuteten Veränderungen hat das Edikt des fr. 2 pr. noch einige weitere erlitten. Ausgefallen ist die Richtung der actio auf das quadruplum, h. t. 2 § 13; im Originaledikt muß ferner neben dem „si seruus fecisse dicetur" auch der Fall „si familia fecisse dicetur" erwähnt gewesen sein — Ulp. 56 h. t. 2 § 14–16. 19, (50. 16) 40 § 1–3 — und ist wahrscheinlich auch noch die Bezeichnung des iudicium als recuperatorium[3] und die Annalbeschränkung zu ergänzen, — Ulp. 56 h. t. 2 § 13, Paul. 54 h. t. 3.

Hiernach lautete das ganze Edikt:

> SI CUI DOLO MALO HOMINIBUS *ARMATIS* COACTIS*UE*[4] DAMNI QUID FACTUM ESSE DICETUR[5] SIUE CUIUS BONA *UI* RAPTA ESSE DICENTUR,[6] IN EUM QUI ID FECISSE DICETUR,[7] *IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT,*[8] *IN QUADRUPLUM,*[9] *POST ANNUM IN SIMPLUM*[10] IUDICIUM *RECUPERATORIUM* DABO. ITEM SI SERUUS[11] *FAMILIAUE*[12] FECISSE DICETUR, IN DOMINUM IUDICIUM NOXALE[13] DABO.

Nach einer verbreiteten Meinung soll aus unserm Edikt nur eine actio erwachsen sein, die den Namen actio ui bonorum raptorum führte und beide ediktale Fälle umfaßt habe.[14] Dementgegen halte ich es für gewiß, daß hier zwei Formeln proponiert waren, die eine für den Fall gewaltsamer Beschädigung — es ist dies die in Ciceros Rede pro Tullio erläuterte Formel —, die zweite die actio ui bonorum raptorum, die, wie schon ihr Name zeigt, ebenso aber die sämtlichen auf sie bezüglichen

[1] Levy, Konk. I, 430[5], spricht das Wort, wie ich glaube: nicht mit Recht, auch hier schon dem Album ab.

[2] Cohn, z. röm. Vereinsrecht 187f., nimmt an, die Kompilatoren hätten in fr. 2 pr. h. t. zwei im Album getrennte Edikte vereinigt: ein Edikt über das damnum hominibus coactis factum und ein zweites über den Raub: daher dann die großen Veränderungen im Kommentar Ulpians. Für diese Hypothese, der sich auch Karlowa, RG II, 1338, anschließt, sehe ich keine ausreichenden Gründe. Die Ordnung des Kommentars spricht gegen sie.

[3] S. oben S. 27 n. 3 u. 4.

[4] Ulp. 56 h. t. 2 § 2–8, Gai. 21 (50. 16) 41. Coactisue, nicht coactisque: Keller, semestr. 564f.

[5] Ulp. 56 h. t. 2 § 9.

[6] Ulp. 56 h. t. 2 § 11.

[7] Ulp. 56 h. t. 2 § 12.

[8] Ulp. 56 h. t. 2 § 13, 4 § 8, Paul. 54 h. t. 3.

[9] Ulp. 56 h. t. 2 § 13, 4 § 7.

[10] C. h. t. 2-ult.

[11] Ulp. 56 (50. 16) 40 § 1.

[12] Ulp. 56 h. t. 2 § 14. 15, (50. 16) 40 § 2. 3. Vgl. eod. 195 § 3.

[13] Ulp. 56 h. t. 2 § 16, Gai. IV, 76, C. (3. 41) 4.

[14] Vgl. Huschke, l. c. 187, Keller, l. c. 601; Rudorff, EP § 185, dagegen nimmt formulae an; ebenso Karlowa, RG II, 1339f.

Quellenäußerungen bestätigen,[1] ausschließlich für den Fall des Raubes bestimmt ist.

Der auf erstere Formel gehende Abschnitt des Ulpianschen Kommentars ist von den Kompilatoren gestrichen worden, da hier der Kommentar zum Edikt ausreichende Belehrung gab. Das Wesentliche der Formel für den Fall „si familia fecisse dicetur" ist bei Cic. pro Tullio c. 3 § 7 ict. c. 13 § 31 erhalten:

> Iudicium uestrum est, recuperatores: QUANTAE PECUNIAE PARET DOLO MALO FAMILIAE P. FABII UI HOMINIBUS ARMATIS COACTISUE DAMNUM DATUM ESSE M. TULLIO. eius rei taxationem nos fecimus: aestimatio uestra est . iudicium datum est in quadruplum.

Der Rest der Formel ist hiernach leicht zu ergänzen:

> *tantae pecuniae*[2] *dumtaxat HS . . .*[3] *quadruplum aut noxae dedere*[4] *recuperatores P. Fabium M. Tullio c. s. n. p. a.*

Einzufügen wäre noch die exceptio annalis, die bei dieser Formel ständig war.

Von der Formel der actio ui bonorum raptorum[5] handelt Ulpian ausführlich in fr. 2 § 17 ff. Sie scheint abgestellt gewesen zu sein auf:

> *S. p. dolo malo Nⁱ Nⁱ*[6] *ui bona rapta*[7] *esse A° A°.*[8]

§ 188. DE TURBA[9]

Ulp. 56.[10]

Ulp. 56 h. t. 4 pr.:

> Praetor ait: CUIUS DOLO MALO IN TURBA DAMNI[11] QUID FACTUM ESSE DICETUR,[12] IN EUM IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, IN DUPLUM, POST ANNUM IN SIMPLUM IUDICIUM DABO.[13]

In diesem Zitat ist hinter damni quid factum ausgefallen: *amissumue quid.*[14]

[1] S. Ulp. 56 h. t. 2 § 17-ult., tit. C. (9. 33), tit. I. (4. 2), Gai. III, 209.

[2] Rudorff fügt hinzu: dumtaxat quanti ea res esset, si unus liber fecisset. Mir scheint dies ohne Sinn. Ulp. 56 h. t. 2 § 15 beweist nicht für, sondern gegen Rudorff.

[3] Vgl. Hefke, Taxatio (1875) 59 f., dem aber nicht in allem beizustimmen ist.

[4] Nicht mit Rudorff: aut eum eosue qui dolo fecisse comperientur noxae dare. Fr. 2 § 16 h. t. enthält bloße Interpretation. Zu Ciceros Zeit scheint übrigens die actio noch nicht noxal gewesen zu sein. S. Keller, l. c. 591 f., 597 f.

[5] h. t. 2 § 17: haec actio uolgo ui bonorum raptorum dicitur.

[6] Ulp. 56 h. t. 2 § 18-20, vgl. (47. 2) 81 (80) § 4.

[7] Rapta: Ulp. 56 h. t. 2 § 21, utilis: Paul. sent. V, 6 § 5. Bona: h. t. 2 § 22, Gai. III, 209. Bona rapta, nicht etwa „ex bonis raptum": Gai. l. c. Irrig Cohn, z. röm. Vereinsrecht 204.

[8] h. t. 2 § 13, woraus Karlowa, RG II, 1340, Schlüsse auf die condemnatio der a° u. b. r. zieht, gehört zum Kommentar zum Edikt de hom. arm.

[9] D. (47. 8): Ui bonorum raptorum et de turba. Paul. sent. V, 3: de his quae per turbam fiunt.

[10] h. t. 4.

[11] *Flor.* damnum. S. aber h. t. 4 § 4. 6 ict. fr. 2 pr. Anders Karlowa, RG II, 1343.

[12] Ulp. 56 h. t. 4 § 1-6.

[13] Ulp. 56 h. t. 4 § 7. 8, Paul. sent. V, 3 § 1.

[14] Ulp. 56 h. t. 4 § 9. 10. Fr. 4 § 9: loquitur autem hoc edictum de damno dato et de amisso . . .

Von der Formel handelt Ulpian in fr. 4 § 11–14. Sie war in factum konzipiert — fr. 4 § 11 h. t. — und wiederholte das Erfordernis „dolo malo N^i N^i in turba damnum datum (amissumue quid) esse".[1] Ihr Erfolg war „quanti ea res erit, eius duplum";[2] ob die condemnatio wörtlich so konzipiert war oder ob nicht die Formel in ihrer Fassung der in § 187 besprochenen de damno dato ähnelte, wissen wir nicht.[3]

Bei Ulp. 56 fr. 4 § 15 h. t. heißt es:

In seruum autem et in familiam praetor dat actionem.

Dieser Satz gehört weder Ulpian noch dem Edikte an, wiewohl in dem gleich folgenden Edikt (§ 189) das entsprechende „in seruum et in familiam iudicium dabo" als Ediktwortlaut überliefert ist.[4] Sie sind hier wie dort Tribonianisch. Möglich wäre, daß der Prätor Noxalactio hier zwar gewährte, aber nicht verheißen hatte. Solche besondere Verheißung fand sich gewiß nicht bei allen prätorischen Deliktklagen; sonst würde Gai. IV, 76 keine Beispiele dafür anführen.

§ 189. DE INCENDIO RUINA NAUFRAGIO RATE NAUE EXPUGNATA[5]

Ulp. 56,[6] Paul. 54,[7] Gai. 21.[8]

Ulp. 56 h. t. 1 pr.

Praetor ait: IN EUM, QUI EX INCENDIO RUINA NAUFRAGIO RATE NAUE EXPUGNATA QUID RAPUISSE RECEPISSE DOLO MALO[9] DAMNIUE QUID IN HIS REBUS DEDISSE DICETUR,[10] IN QUADRUPLUM IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, POST ANNUM IN SIMPLUM IUDICIUM DABO. ITEM [IN SERUUM ET IN FAMILIAM] IUDICIUM DABO.[11]

Auffallend ist, daß Ulpian hinter fr. 3 § 3, wo er die Worte recepisse dolo malo, und vor fr. 3 § 7, wo er die im Edikt folgenden Worte damniue quid dedisse erschöpfend erörtert, folgende Sätze einschiebt (fr. 3 § 4–6):

Non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit uel amouit uel damnum dedit uel recepit, hac actione tenetur. Aliud esse autem rapi aliud amoueri palam est, si quidem amoueri aliquid etiam sine

[1] Ulp. 59 h. t. 4 § 12–14.

[2] Ulp. 56 h. t. 4 § 11.

[3] Rudorff, EP § 186, konzipiert: Quantae pecuniae paret . . . esse, quanti ea res est. Das ist selbstverständlich nicht möglich. S. Karlowa, das Rechtsgeschäft 152 n. 1.

[4] Noch zweifelnd EP². In der 1. Aufl. nahm ich an, daß der Satz keine Noxalklage gewähren, sondern, wenn der Herr den Sklaven nicht in solidum defendiere, extraordinäres Einschreiten in corpus serui in Aussicht stellen wolle (vgl. Cuiac. obs. XXI, c. 40). Für das Justinianische Recht möchte diese Deutung angehen; für das klassische Recht aber schlägt die Erwägung durch, daß, wenn das Edikt des § 187 nur Noxalhaftung vorsah, das Edikt de turba für das minder schwere Delikt keine strengere Haftung verordnet haben kann. Die von mir in der 1. Aufl. angef. Belegstelle, (2. 1) 7 § 1. 3, ist selber verdächtig (s. oben S. 57). Eigentümlich, gewiß nicht haltbar, Karlowa, RG II, 1170. S. jetzt Biondi, a^es nox. 192.

[5] D. (47. 9), vgl. Paul. V, 3 § 2, C. (6. 2) 18.

[6] h. t. 1, 3.

[7] h. t. 4.

[8] h. t. 2, 5.

[9] Ulp. 56 h. t. 1 § 2-ult., 3 pr.–§ 3.

[10] Ulp. 56 h. t. 3 § 7.

[11] Vgl. § 188 a. E.

ui possit: rapi autem sine ui non potest. Qui eiecta naue quid rapuit hoc edicto tenetur. „eiecta" hoc est quod Graeci aiunt ἐξεβράσθη.

Die ganze Stelle trägt das Gepräge der Interpolation an der Stirne. Ulpian kann unmöglich, nachdem er eben das recepisse dolo malo ausführlich abgehandelt hat, fortfahren:

non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit ... uel recepit, hac actione tenetur.

Das Edikt darf daher keineswegs hiernach ergänzt werden.

Über die Formel ist uns nichts überliefert: vermutlich gehörten die in den Kommentar zum Edikt eingeschobenen fr. 3 § 4–6 ursprünglich dem Kommentar zur Formel an.

Tit. XXXV

DE INIURIIS [1]

Ulp. 56.[2] 57,[3] Paul. 55,[4] Gai. 22,[5] Iulian 45.[6]

§ 190. *GENERALE EDICTUM* [7]

Ulp. 57,[8] Paul. 55.[9]

Gell. N. A. XX 1 § 13:

... praetores postea ... iniuriis ... aestumandis recuperatores [10] se daturos edixerunt.[11]

[1] D. (47. 10), C. (9. 35), I. (4. 4).

[2] h. t. 1, 3, 5. Diese Stellen enthalten außer einleitenden Bemerkungen noch die Lehre von den gesetzlichen (nicht prätorischen) Bestimmungen über die Injurien, insbesondere die Lehre vom iudicium iniuriarum — h. t. 5, (48. 2) 12 § 4 — ex lege Cornelia. Der eigentliche Kommentar zum Edikt de iniuriis beginnt erst mit lib. 57.

[3] h. t. 7, 9, 11, 13, 15, 17, (2. 4) 12, (43. 24) 19 cf. h. t. 17 § 10, (28. 2) 18 cf. etwa h. t. 13 § 1 ff., (48. 19) 19 cf. h. t. 17 § 4, (50. 16) 42 cf. h. t. 15 § 13, s. auch Rudorff, EP § 189 n. 3. Falsch inskribiert ist fr. 15 h. t.: Ulp. 77 statt 57.

[4] h. t. 2, 4, 6, 8, 10, 16, 18, (48. 7) 4. Falsch inskribiert sind fr. 2, 4 — Paul. 50 statt 55 — und 16 h. t. — Paul. 45 statt 55.

[5] h. t. 12, 19, (28. 1) 26.

[6] h. t. 36.

[7] Ulp. 57 h. t. 15 § 26.

[8] Ulp. 57 h. t. 7, 9, 11, 13, 15 pr. § 1.

[9] Paul. 55 h. t. 2, 4, 8.

[10] Vgl. S. 27. Girard, mél. Gérardin (1907) 255 f., nimmt an, Rekuperatoren seien bei der Injurienklage vom Urbanprätor niemals für einen andern Fall als für den der körperlichen Mißhandlung verheißen gewesen; gerade für diesen Fall aber sei die prätor. a° ini. durch die lex Cornelia de iniuriis beseitigt worden; so erkläre sich, daß in den Zeugnissen der spätern Zeit bei der a° iniuriarum überall nur vom unus iudex die Rede sei. M. E. ist Girard (s. auch G.s mél. II, 402 [2]) der Beweis seiner These nicht gelungen. Die Annahme, die lex Cornelia habe die prätorische Injurienklage bei körperlicher Mißhandlung abgeschafft, ist unvereinbar sowohl mit dem Bericht des Gaius, der III, 224. 225 die lex Cornelia gar nicht erwähnt, wie — trotz Girard 281 — mit dem des Paulus coll. II, 6, 3. 4. Die Stellen ferner, die gelegentlich der actio iniuriarum von einem iudex (nicht gerade übrigens mit Betonung von einem iudex) sprechen, brauchen zwar nicht, aber können doch, soweit sie den

Coll. II, 6 § 1 (Paul. libro sing. [de iniuriis] sub titulo quemadmodum iniuriarum agatur):

QUI AUTEM INIURIARUM, inquit, AG*E*T,[1] CERTUM DICAT, QUID INIURIAE FACTUM SIT,[2] ET TAXATIONEM PONAT NON MINOREM,[3] QUAM QUANTI UADIMONIUM FUERIT.

Gai. III, 224:

. . . p*er*mittit*ur* . . . nobis a praetore *ipsis* iniuriam *a*estimare, et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, pro*ut ei* uisum fuerit: se*d* cum atrocem iniuriam[4] praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium, *h*ac ipsa quantitate taxamu*s* formulam . . .

Zu diesem Edikt[5] war die Formel proponiert, deren demonstratio[6] in coll. II, 6 § 4 erhalten ist:

sicut formula proposita est: QUOD AULI AGERII (A° A° *scr.*) PUGNO MALA PERCUSSA EST.[7]

Das Zitat ist nicht ganz genau. Die ediktale demonstratio muß unbedingt auch den Täter genannt haben,[8] und nach Ulp. 57 fr. 11 pr. h. t. (vgl. auch fr. 15 § 2. 10) scheint es, daß dies in einer Form geschah, die es ermöglichte, auch den zu verurteilen „qui dolo fecit uel qui curauit, ut cui mala pugno percuteretur". Mit Rücksicht hierauf schob ich in der 1. Aufl. vor A° A° die Worte ein „dolo malo N^i N^i", die mir aber für die Bezeichnung des Täters selbst nicht recht passend scheinen und auch zu fr. 11 pr. h. t. nicht stimmen, wo doch nur gesagt ist: ille quoque continetur qui dolo

Digesten angehören, sehr wohl interpoliert sein und sind, soweit sie direkt überliefert sind, sämtlich nicht derart, daß sie einen sicheren Schluß auf den Wortlaut der prätorischen Verheißung gestatteten. Näheres Eingehen ist an dieser Stelle nicht möglich.

[11] Gelegentlich dieses generale edictum mag Ulpian die Tragweite des Injurienbegriffs überhaupt erörtert haben: darin wird die Erklärung der sonst deplacierten Bemerkung in fr. 9 § 4 h. t. liegen.

[1] Zur Lesart aget vgl. Wlassak, klass. Prozeßf. 64[15].

[2] Ulp. 57 h. t. 7 pr.–§ 5, coll. II, 6 § 2–4.

[3] Huschke, Gaius 135f., vermutet: maiorem. Dagegen mit Recht Mommsen, Strafr. 803 n. 3, Karlowa, RG II, 1335, Triebs, Stud. z. l. Dei I, 148, Wlassak, a. a. O. 65[17]. Der Grund der auffallenden Vorschrift liegt wahrscheinlich in der Rücksicht auf das contrarium iudicium decimae partis (s. § 197), Lenel, SZ Bd. 47 (Miszelle).

[4] Ulp. 57 h. t. 7 § 7. 8, 9 pr.–§ 3, Paul. 55 h. t. 8, sent. V, 4 § 10.

[5] Zur Geschichte dieses Edikts vgl. Hitzig, Iniuria (1899) 60ff., der das Vorbild der actio iniuriarum aestimatoria in der δίκη αἰκίας des griechischen Rechts findet, und jetzt vor allem die alexandrinischen *Δικαιώματα* Hal., aus denen sich die Vorbildlichkeit griechischen Rechts für das röm. Injurienedikt zur Evidenz ergibt. Dazu Partsch, ArchfPapF 6, 54f.

[6] An dieser Bezeichnung halte ich auf Grund Gai. IV, 60 fest, entgegen den Ausführungen de Visschers RH 1925, 196.

[7] Vgl. Gai. IV, 60, Seneca de benef. II, 35 § 2, Sueton. Vitell. c. 7. Die älteste Spur dieser Formel scheint mir bei Plaut. Asinar. II, 2, 104 v.: pugno malam si tibi percussero, Worte, die ganz wie scherzhaftes Zitat einer Formel klingen (der Spott Girards, SZ 14, 24, scheint mir nicht begründet). Daß die Formel der Injurienklage bis in die erste Hälfte des 2. Jhdts. v. Chr. hinaufreicht, beweist das von Partsch, Schriftformel 28, angef. Senatsdekret (Dittenberger, Sylloge II, nr. 928). Vgl. dazu noch Girard, mél. Gérardin 265[1].

[8] A. M. freilich Partsch, a. a. O. 40, s. aber jetzt SZ 31, 427[2], ferner Audibert, mél. Girard I, 43f.

fecit. Vielleicht hieß es in der Musterformel: Quod a N° N° . . . percussa est doloue malo N^i N^i factum est, ut percuteretur (vgl. das Edikt des § 191), wobei je nach Lage des Falls das eine oder andere Stück weggelassen werden konnte.[1] Doch bleibt jede Vermutung unsicher.

Geht Ulp. 57 fr. 11 pr. auf die demonstratio, so bezieht sich fr. 11 § 1 auf die eine intentio ersetzende Ästimationsklausel, die nach Ulp. 57 h. t. 17 § 2, Paul. 55 eod. 18 pr., Paul. (44. 7) 34 pr. mit voller Sicherheit rekonstruiert werden kann:

quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum uidebitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari.

Den Schluß bildet die condemnatio mit taxatio:

tantam pecuniam, dumtaxat HS . . ., recuperatores N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

Schiebt man nun noch gemäß c. 5 h. t. die exceptio annalis ein, so gelangt man zu folgender Formel:

[2]*Quod . . . A° A° pugno mala percussa est . . ., q. d. r. a., quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum uidebitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat HS . . ., si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.*

Den Schluß des Ulpianschen Kommentars zum generale edictum bilden allgemeine Erörterungen,[3] die zum Teil mit dem Wortlaut der Formel in Verbindung gebracht werden können,[4] von Ulpian aber wohl ohne spezielle Beziehung an das Generaledikt angeschlossen worden sind.

Seltsam — dies sei noch bemerkt — sind einige angebliche utiles actiones bei Rudorff, EP § 188 n. 9, formuliert: in Wirklichkeit ist in allen daselbst angeführten Fällen die directa actio mit entsprechend gestalteter demonstratio zuständig.[5]

[1] Zwei verschiedene demonstrationes nimmt an Karlowa, RG II, 1334.

[2] Etwas anders Huschke, Gaius 140, und Hefke, Taxatio (1879) n. 86. Sehr wunderlich ist bei beiden (ebenso auch bei Partsch, a. a. O. 40) die hinter die demonstratio eingeschobene intentio „s. p. N^m N^m ea re A° A° iniuriam fecisse". Ob eine Ohrfeige eine Injurie sei, das wird doch der römische Geschworene wohl schon vermöge der aequitas huius actionis zu entscheiden in der Lage gewesen sein. Daß fr. 11 pr. das iniuriam facere als Formelbestandteil erkennen lasse (so Partsch, SZ 31, 427), kann ich nicht zugeben. Vgl. gegen die bekämpfte Formulierung auch die schlagenden Ausführungen Audiberts, a. a. O. 49f. Wie sich Arangio-Ruiz, le form. c. dem. 30f., die von ihm behauptete Anknüpfung der a° iniur. aest. an die alte a° iniur. ciuilis denkt, ist mir aus seinen Ausführungen nicht klar geworden.

[3] h. t. 11 § 2–ult., 13, 15 pr. § 1.

[4] Namentlich fr. 11 § 3–6 (dolo malo N^i N^i), fr. 15 § 1 h. t.; in letzterer Stelle will die utilis actio nur besagen, daß dem Injuriierten eine dem Tatbestand entsprechende demonstratio zu gewähren sei. Der Passus [et saepe—percussit] ist m. E. gl.

[5] Das Gegenteil geht auch nicht aus dem von R. zitierten fr. 18 § 2 h. t. hervor, wo das „si uidua esset" usw. nur besagen will, daß für Bemessung der Kondemnationssumme auf die dort fraglichen Verhältnisse nichts ankomme.

§ 191. *DE CONUICIO*

Ulp. 57.[1]

Ulp. 57 h. t. 15 § 2:

> Ait praetor: QUI ADUERSUS BONOS MORES CONUICIUM[2] CUI[3] FECISSE[4] CUIUSUE OPERA FACTUM ESSE[5] DICETUR, QUO ADUERSUS BONOS MORES CONUICIUM FIERET:[6] IN EUM IUDICIUM DABO.[7]

Ulp. 57 h. t. 15 § 11–13 bezieht sich, wie aus der wiederholten Erörterung (vgl. n. 2) des Worts conuicium hervorgeht, auf die Formel. Deren demonstratio ist nicht unzweifelhaft. Vielleicht war hier nur das Edikt umschrieben — so Rudorff, EP § 189 —, wahrscheinlich aber vielmehr ein spezieller Fall als Musterfall genannt, worauf sich das „ex his apparet non omne maledictum conuicium esse" in fr. 15 § 11 bezogen haben wird. Im übrigen stimmte die Formel ohne Zweifel mit der vorigen überein.

§ 192. *DE ADTEMPTATA PUDICITIA*

Ulp. 57,[8] Paul. 55.[9]

I. h. t. § 1 (vgl. Gai. III, 220):

> Iniuria . . . committitur . . . (si) quis matremfamilias aut praetextatum praetextatamue adsectatus fuerit siue cuius pudicitia adtemptata esse dicetur.

Aus Ulpians Kommentar (s. n. 8) ergibt sich, daß das Edikt genauer folgende Fälle berücksichtigte:

> *si quis matrifamilias*[10] *aut praetextato*[11] *praetextataeue comitem*[12] *abduxisse*[13] *siue quis eum eamue aduersus bonos mores*[14] *appellasse adsectatusue*[15] *esse dicetur.*

Die Worte adtemptata pudicitia, die in Ulpians Kommentar mehrfach vorkommen,[16] scheinen nicht dem Edikt, sondern nur der Rubrik angehört zu haben.

Die Formel ist nicht überliefert.

[1] h. t. 15 § 2–14.

[2] Ulp. 57 h. t. 15 § 3–7, Paul. sent. V, 4 § 19. 21, coll. II, 5 § 4.

[3] Ulp. 57 h. t. 15 § 9.

[4] Ulp. 57 h. t. 15 § 8.

[5] Ulp. 57 h. t. 15 § 10, Paul. sent. V, 4 § 20.

[6] Die Erstreckung der Bestimmung auf den „cuius opera factum esse dicetur" ist gewiß nicht interpoliert; fr. 15 § 8 cit. verstehe ich dahin, daß Ulpian zeigen wollte, die ausdrückliche Erstreckung sei eigentlich überflüssig. A. M. Maschke, Persönlichkeitsrechte (1903) 43 n. 2.

[7] Vgl. Vell. Paterc. II, 28 § 3.

[8] h. t. 15 § 15–24.

[9] h. t. 10.

[10] Ulp. 57 h. t. 15 § 15.

[11] Gai. III, 220, Ulp. 57 h. t. 9 § 4.

[12] Ulp. 57 h. t. 15 § 16.

[13] Ulp. 57 h. t. 15 § 17. 18, coll. II, 5 § 4.

[14] Ulp. 57 h. t. 15 § 23.

[15] Ulp. 57 h. t. 15 § 19–22.

[16] Vgl. h. t. 15 § 20–22, s. auch Paul. 55 h. t. 10.

§ 193. *NE QUID INFAMANDI CAUSA FIAT*

Ulp. 57,[1] Paul. 55,[2] Gai. 22.[3]

Ulp. 57 h. t. 15 § 25:

Ait praetor: NE QUID INFAMANDI CAUSA FIAT.[4] SI QUIS ADUERSUS EA FECERIT, PROUT QUAEQUE RES ERIT, ANIMADUERTAM.[5]

Die demonstratio der Formel zu diesem Edikt ist uns bei Paulus in coll. II, 6 § 5 erhalten:

Item si dicat infamatum se esse, debet adicere, quemadmodum infamatus sit. Sic enim et formula concepta est: QUOD N^s N^s IL*LI LIBEL*LUM MISIT[6] A^i A^i INFAMANDI CAUSA.

§ 194. *DE INIURIIS QUAE SERUIS FIUNT*[7]

Ulp. 57,[8] Paul. 55.[9]

Ulp. 57 h. t. 15 § 34:

Praetor ait: QUI SERUUM ALIENUM[10] ADUERSUS BONOS MORES[11] UERBERAUISSE[12] DEUE EO INIUSSU DOMINI QUAESTIONEM HABUISSE[13] DICETUR, IN EUM IUDICIUM DABO. ITEM SI QUID ALIUD FACTUM ESSE DICETUR,[14] CAUSA COGNITA IUDICIUM DABO.[15]

Die Formel läßt sich leicht rekonstruieren. Die Musterformel war auf den Fall „si quis alienum seruum uerberauerit" gestellt,[16] die intentio die gewöhnliche.[17] Klagte der Herr des Sklaven nicht serui nomine, sondern suo nomine,[18] so wird die demonstratio etwa den Zusatz „A^i A^i infamandi causa" oder einen ähnlichen erhalten haben.

§ 195. *DE NOXALI INIURIARUM ACTIONE*

Ulp. 57,[19] Paul. 55,[20] Iulian. 45.[21]

[1] h. t. 15 § 25–33.

[2] h. t. 6, 18 pr.

[3] h. t. 12, 19.

[4] Ulp. 57 h. t. 15 § 27. Beispiele, im Anschluß an die Formel, in fr. 15 § 29–33 h. t.

[5] Ulp. 57 h. t. 15 § 28. Vgl. hierzu Hefke, Taxatio (1879) 57.

[6] illum inmisit *cdd.* Andere unhaltbare Konjekturen s. in Mommsens Ausg. der coll. Zur obigen vgl. Lenel, SZ 20, 31 f. Das Wort „illi" wird von Ulpian in h. t. 15 § 29 kommentiert.

[7] Diese Rubrik ist nicht als Ediktsrubrik zu denken; sonst hätte Gai. IV, 222 nicht sagen können: seruo ipsi nulla iniuria intellegit*ur* fieri. Vgl. L. Vos, ini. en de act. ini. (1913) 79 ff. Wenn van Meurs, Tijdschr. 1923, 278 f., unterstellt, daß in der Zeit nach Gaius eine Rechtsveränderung eingetreten sei, so vermag ich ihm hierin nicht zu folgen, kann jedoch auf seine Ausführungen hier nicht näher eingehen.

[8] h. t. 15 § 34–ult., 17 pr.–§ 2.

[9] h. t. 16, (48. 7) 4 § 1.

[10] Ulp. 57 h. t. 15 § 36. 37.

[11] Ulp. 57 h. t. 15 § 38. 39.

[12] Ulp. 57 h. t. 15 § 40.

[13] Ulp. 57 h. t. 15 § 41. 42, Paul. 55 (48. 7) 4 § 1.

[14] Hier ist im Text eine Lücke.

[15] Ulp. 57 h. t. 15 § 43. 44.

[16] Gai. III, 222: in hunc casum formula proponitur.

[17] Ulp. 57 h. t. 17 § 2. Auch c. 8 h. t. will mit den Worten „actione proposita, qua damni etiam haberi rationem uerbis euidenter exprimitur" nur auf die intentio in bonum aequum concepta hinweisen.

[18] Ulp. 57 h. t. 15 § 35. 45. 48.

[19] h. t. 17 § 3–9, (48. 19) 19.

[20] h. t. 18 § 1.

[21] h. t. 36.

Ulp. 57 h. t. 17 § 4:

Cum seruus[1] iniuriam facit . . ., iniuriarum noxalis actio datur, sed in arbitrio domini est, an uelit eum uerberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est.

Ulp. 57 h. t. 17 § 5:

Ait praetor: ARBITRATU IUDICIS: utique quasi uiri boni, ut ille modum uerberum imponat.

Die Formel ist nicht überliefert. Unwahrscheinlich ist die Annahme Rudorffs, EP § 193, wonach das „arbitratu tuo uerberandum exhibere" neben litis aestimatio und noxae deditio den alternativ bestimmten Gegenstand der condemnatio gebildet hätte. Wie kann der Sklave arbitratu iudicis ausgeprügelt werden, nachdem durch das erlassene Urteil das iudicium seine Endschaft erreicht hat? Ebenso unwahrscheinlich ist die Ansicht derer, die mit oder ohne Annahme von Interpolationen[2] das uerberandum exhibere in das Verfahren in iure verlegen wollen, so daß also das Auspeitschen nach Ermessen, sei es des Prätors selbst,[3] sei es eines ad hoc zu ernennenden extraordinären iudex, hätte erfolgen müssen,[4] der Beklagte aber zur exhibitio überhaupt nur zugelassen worden wäre, wenn er auf die gerichtliche Klärung des Sachverhalts verzichtete. Offenbar haben wir es hier vielmehr mit einer eigentümlichen actio arbitraria zu tun, die die Kondemnation etwa von einem

nisi Ns Ns eum seruum arbitratu iudicis uerberandum exhibebit[5]

abhängig machte.[6] Schwierigkeiten bietet die Rekonstruktion im übrigen nicht.[7]

§ 196. *SI EI, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ERIT, INIURIA FACTA ESSE DICETUR*

Ulp. 57,[8] Paul. 55.[9]

Ulp. 57 h. t. 17 § 10:

Ait praetor: SI EI, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ERIT, INIURIA FACTA ESSE

[1] Quid si filius familias? Cf. Iulian. 45 h. t. 36, eine natürlich interpolierte Stelle, die ursprünglich von der a° noxalis handelte.

[2] In fr. 17 § 4 ist sicher itp. der Passus „neque erit . . . sufferendam". Ferner wahrscheinlich gl. „ut ita . . . passus est".

[3] Würde der Jurist zu praetoris wohl die Erläuterung quasi uiri boni gegeben haben?

[4] Vgl. gegen Karlowa, RG II, 1170, Appleton, rev. gén. du dr. 24, 231[4] die Bemerkungen Girards, mél. de dr. rom. II, 393[1]. Sie treffen m. E. auch Segrè, mél. Gir. II, 567f., auch Partsch, ArchfPapF 6, 67[1]. Abwegig auch Naber, Mnem. 48, 166, der mit Hilfe von Interpolationsannahmen eine besondere Art von animaduersio extraordinaria konstruiert. Wie Girard, auch Levy, SZ 36, 19f., nur daß dieser die Worte „arbitratu iudicis" aus der Formel verbannen will.

[5] oder: nisi . . . exhibebit, ut arbitratu iudicis uerberetur. Diese Fassung würde die von Levy, a. a. O. 21, gerügte Zweideutigkeit beseitigen.

[6] In fr. 17 § 6 h. t. ist statt „ante iudicem" zu lesen: ante iudicium. Diese Konjektur drängt sich angesichts des gleich folgenden „arbitratu alicuius" geradezu auf. Die weitgehenden Itp., die Naber, mél. Gér. 467f. in fr. 17 § 4-6 zu entdecken glaubt, kann ich keineswegs für bewiesen halten.

[7] Exceptio „si non defendendi domini gratia fecit": h. t. 17 § 8.

[8] h. t. 17 § 10-ult., (2. 4) 12, (43. 24) 19.

[9] h. t. 18 § 2-ult.

DICETUR ET NEQUE IS, CUIUS IN POTESTATE EST, PRAESENS ERIT[1] NEQUE PROCURATOR QUISQUAM EXISTAT, QUI EO NOMINE AGAT:[2] CAUSA COGNITA[3] IPSI, QUI INIURIAM ACCEPISSE DICETUR,[4] IUDICIUM DABO.[5]

Die Formel ist auch hier nicht überliefert, die Rekonstruktion Rudorffs aber jedenfalls verfehlt. Diese lautet:

> Quod $A^s A^s$, cum in potestate L. Titii esset neque procurator quisquam existeret qui eo nomine ageret, in hoc anno, cum primum experiundi potestas fuit, dolo malo $N^i N^i$ pugno malam percussam esse (*sic!*), quantam pecuniam ob eam rem bonum aequum esset $N^m N^m A^o A^o$ condemnari, si $A^s A^s$ in nullius potestate esset, dumtaxat *et rel.*

All das, was Rudorff in den Zwischensatz „cum . . . ageret" einschachtelt, ist sowohl der Natur des Verhältnisses als der Fassung des Edikts nach bei Gewährung der Formel bereits durch prätorische Kognition erledigt und geht die Geschworenen nichts an. Ferner ist die Fiktion „si in nullius potestate esset" bei einer actio in bonum aequum concepta überflüssig, ja bedenklich.[6] M. E. gewährte der Prätor, da er alle Vorfragen selbst erledigte, hier einfach die gewöhnlichen Formeln, ohne irgendwie das Potestätsverhältnis, in dem sich Kläger befand, anzudeuten: damit waren die Rekuperatoren genügend instruiert.

§ 197. *DE CONTRARIO INIURIARUM IUDICIO*

Gai. IV, 177:

> Contrarium iudicium . . . aduersus iniuriarum action*em* decimae partis datur . . .[7]

Die Konträrformel wird an die Injurienformel einfach angehängt worden sein.[8]

[1] Ulp. 57 h. t. 17 § 11–14.
[2] Ulp. 57 h. t. 17 § 15. 16.
[3] Ulp. 57 h. t. 17 § 17.
[4] Ulp. 57 h. t. 17 § 18–22, s. auch Ulp. 8 (3. 3) 8 pr.
[5] Cf. (44. 7) 9. Ulp. 57 (2. 4) 12, (43. 24) 19.
[6] Warum soll der Geschworene das bestehende Potestätsverhältnis ignorieren? Dasselbe konnte für die Ästimation bedeutsam sein, z. B. wenn jemand den filius familias durch Bezeichnung als Bastard injuriiert hatte.
[7] Cf. Gai. h. t. 43 (*Trib.!*), Paul. sent. V, 4 § 11.
[8] So mit Recht Partsch, St. z. NG 57 (Hdlb. Sitzgsber. 1913), dessen Auffassung der klassischen Bedeutung von „iudicium contrarium" ich aber keineswegs beitrete.

Tit. XXXVI

§ 198. DE RE IUDICATA[1]

Ulp. 58,[2] Paul. 56,[3] Gai. 22,[4] Gai. ad ed. pr. urb. tit. de re iudicata,[5] Iulian. 45.[6]

Das umfangreichste unter den aus Ulp. 58 erhaltenen Fragmenten — fr. 4 (42. 1) — beginnt (pr.–§ 2) mit einer Erörterung darüber, gegen wen da, wo ein Kognitor,[7] Tutor, Kurator, Aktor für die beklagte Partei den Prozeß geführt hat, die actio iudicati zu richten sei. Ohne Zweifel durch diesen Umstand hat sich Rudorff verleiten lassen, den von der Exekution handelnden Ediktabschnitt durch die Rubrik „quibus iudicati actio detur" (EP § 196) einzuleiten, eine Rubrik, unter der er alles zusammenstellt, was uns die klassischen Quellen über die Zuständigkeit der actio iudicati für und wider Herrn oder Vertreter bei den verschiedenen möglichen Vertretungsverhältnissen überliefern.

Das meiste nun, was Rudorff hier bringt, läßt sich unschwer als dem Edikte fremd nachweisen.[8]

Zunächst den Prokurator anlangend, so war ein besonderes Edikt, das iudicati actio für und wider ihn verhieß, völlig überflüssig, da die condemnatio der Formel auf seinen Namen lautete, die actio iudicati also schon ohne weiteres für und wider ihn zuständig war. Nichts anderes will wohl auch fr. Vat. 317 besagen, wo vom Prokurator im Gegensatz zum Kognitor hervorgehoben wird:

> interueniente . . . procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino uel in dominum competit.

Regelwidrig war nur die Denegation beim procurator praesentis, dem späterhin der apud acta factus gleichgestellt wurde.[9] Allein diese Ausnahme beruhte nicht auf dem Edikt, sondern auf nachediktaler Jurisprudenz und Praxis, die diesen Prokurator nach Art des Kognitor behandelte, vgl. fr. Vat. 331 (*Papinian.*):

> Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.

[1] Rubr. D. (42. 1). Die Rubrik ist von Gaius ad ed. pr. urb. überliefert, und der Inhalt der in n. 5 angef. Fragmente spricht entschieden dafür, daß sie hierher gehört. Anders die 1. Aufl., wo ich die Rubrik „de re iudicata" auf die Formel der actio iudicati bezog und ihr an gegenwärtiger Stelle die nicht bezeugte Rubrik „Qui nisi sequantur ducantur" substituierte.

[2] h. t. 4, (2. 6) 4, (39. 5) 17, (50. 16) 43, 45.

[3] (46. 3) 45, (50. 16) 47.

[4] (3. 3) 50, (48. 15) 4, (50. 16) 44.

[5] h. t. 7, (25. 2) 2.

[6] h. t. 61, (4. 4) 41.

[7] In der Kompilation ist dieser durch den Prokurator ersetzt. Vgl. Eisele, Cognitur u. Procuratur (1881) 71 f., auch schon Keller, L.C. und Urteil (1827) 327.

[8] Gegen die fg. Ausführungen polemisiert H. Krüger, SZ 37, 271 f.

[9] Eisele, a. a. O. 164 f.

Was von dem procurator praesentis, gilt ebenso auch von dem Tutor und Kurator. Daß die Übertragung der actio iudicati auf den Mündel nicht im Edikt festgesetzt war, ergibt sich direkt aus fr. 2 pr. (26. 7) und c. 1 (5. 39).[1]

Noch viel weniger ist an ein besonderes Edikt hinsichtlich des actor municipum zu denken (41. 1) 4 § 2:

> Actor municipum potest rem iudicatam recusare: in municipes enim iudicati actio dabitur.

Das „dabitur" klingt sicherlich nicht nach ausdrücklicher prätorischer Verheißung. So wird denn auch in fr. 6 § 3 (3. 4) die Nichtgewährung der actio iudicati an den actor lediglich auf seine Ähnlichkeit mit dem Kognitor gestützt:

> actor itaque iste *cognitoris*[2] partibus fungitur et iudicati actio ei ex edicto non datur nisi in rem suam datus sit.

Ex edicto non datur: d. h. nicht etwa, daß sie ihm durch besondere Ediktregel versagt werde, sondern daß sie, obwohl an sich ex edicto zuständig, ihm gleichwohl nicht gewährt werde.

Sonach bleibt als letzter möglicher Inhalt eines Edikts „quibus iudicati actio detur" nur noch der Satz übrig, daß aus Prozeßführung eines Kognitor die actio iudicati für und wider den Herrn gewährt werde.[3] Allein ist die Existenz eines solchen Edikts möglich, so ist sie darum noch nicht bewiesen. Die Gewährung der actio iudicati für und wider den Herrn fand auch in diesem Falle nur causa cognita statt: war der cognitor in rem suam bestellt, so wurde sie für und wider ihn selbst gewährt, und ebenso durfte er sie dann nicht ablehnen, wenn er sich liti obtulit.[4] Diese Präjudizialpunkte konnten aber nur durch prätorische Kognition erledigt werden, vgl. fr. Vat. 331:[5]

> Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.

Bleibt also noch die Möglichkeit eines Edikts des Inhalts: *causa cognita domino et in dominum actionem dabo.* Aber auch ein solches wird unwahrscheinlich durch die Ausdrucksweise in fr. Vat. 317 i. f. Hier heißt es zuerst:

> cognitore . . . interueniente, iudicati *actio* domino uel in dominum datur: non alias enim cognito*r iudicati* experi*e*tur uel ei actioni subicietur, q*uam* si in rem suam cognitor factus sit.

Und nun wird im Gegensatz dazu hervorgehoben:

[1] Die Itp. in beiden Stellen (Solazzi, bull. 22, 12. 23 f.) spielt für diese Frage keine Rolle. Vgl. auch die Ausdrucksweise in fr. 15 i. f. (2. 11) — „probatum est" —; in fr. 4 § 1 (42. 1) ist „idcircoque *rel.*" freilich itp.

[2] *Dig.* procuratoris.

[3] Fr. Vat. 317.

[4] (42. 1) 4 pr.

[5] Dazu Eisele, a. a. O. 85, wo auch über C. Th. (2. 12) 7.

interueniente uero procuratore, iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino uel in dominum competit.

Wenn hier gegensätzlich betont wird, daß das „iudicati actio ipsi et in ipsum competit" auf dem Edikt beruhe, deutet dies nicht darauf hin, daß umgekehrt im vorigen Fall das „domino uel in dominum datur" nicht auf das Edikt zurückzuführen sei?[1] Und noch entschiedener weist in dieser Richtung Paul. (3. 3) 61: *cognitorem* damnatum non debere conueniri . . . omnibus placuit.[2] Sind ja doch keineswegs alle Grundsätze der prätorischen Praxis im Edikt kodifiziert; und habe ich es früher[3] als zweifelhaft bezeichnet, ob für die Prozeßführung durch Stellvertreter irgendwo im Edikt Musterformeln proponiert gewesen, so kann ich es auch nicht für unmöglich halten, daß die Frage nach der Zuständigkeit der actio iudicati im Edikt nicht entschieden war.

Die Existenz einer Ediktrubrik *Quibus* (*et in quos*) *iudicati actio detur* ist also problematisch. Gesetzt aber selbst, daß eine solche Rubrik im Edikt irgendwo vorhanden gewesen wäre, so fehlt es jedenfalls an allem Beweis, daß sie an dieser Stelle stand. Rudorff ist, wie oben bemerkt, zur Schöpfung seiner Rubrik durch die Untersuchungen Ulpians (lib. 58) in fr. 4 (42. 1) veranlaßt worden. Er gab diesen Untersuchungen allgemeine Beziehung auf das Exekutionsrecht und den Urteilsanspruch überhaupt und proponiert demgemäß auch die Formel der actio iudicati fast im Anfang seines Abschnitts de exsecutione (EP § 198). Dieses letztere nun ist nachweislich ein Fehlgriff. Die gedachte Formel stand vielmehr erst ganz am Schlusse dieses Abschnitts:[4] Ulpian erörtert sie, wie aus fr. 6 (42. 1) unzweifelhaft hervorgeht,[5] ex professo erst im lib. 66 seines Kommentars. Die Untersuchungen in Ulp. 58 eod. gehören daher aller Wahrscheinlichkeit nach keiner allgemeinen Ediktklausel, die den Urteilsanspruch überhaupt ordnete, zu, sondern standen in einem besondern, erst durch die Kompilatoren verdeckten Zusammenhang, und dieser Zusammenhang ist folgender. Ulp. 58 handelte — vgl. die folg. Paragraphen — von der Personalexekution, und zwar in erster Linie von derjenigen wider den iudicatus. Nach dem Wortlaut des Edikts, der uns zum Teil erhalten ist (s. unten), war diese zulässig wider den „condemnatus", der die Judikatssumme innerhalb des tempus legitimum nicht bezahlt hatte. Wie aber, wenn der condemnatus selbst für das Judikat gar nicht haftete, was ja bei Verurteilung eines cognitor in der Regel, und bei der eines tutor, curator usw. häufig der Fall war? Offenbar konnte hier das Edikt über die Personalexekution keine Anwendung finden, oder es mußte in seiner Anwendung auf den dominus übertragen werden, und so erklärt es sich sehr einfach, wie Ulpian dazu kam, schon in lib. 58,

[1] Vgl. auch Eisele, a. a. O. 84f. Gegen den Text H. Krüger, SZ 37, 273, für mich nicht überzeugend.

[2] Vgl. Wirbel, le cognitor (1911) 81 f., 84.

[3] S. 89.

[4] Vgl. § 226.

[5] Man beachte namentlich die typische Schlußbemerkung über Perpetuität und Vererblichkeit der actio in fr. 6 § 3 cit.

in der Einleitung zur Lehre von der Personalexekution, von der Frage, gegen wen die actio iudicati statthabe — nur von dieser Frage ist in fr. 4 pr.–§ 2 cit. die Rede[1] —, handeln zu müssen.

Die Hauptbestimmungen des Exekutionsrechts der 12 Tafeln wider den iudicatus sind bekanntlich die folgenden (s. Tab. III. fr. 1 ff.):

> ... rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure uindicit, secum ducito, uincito ... Si uolet, suo uiuito. ni suo uiuit, qui eum uinctum habebit, libras farris endo dies dato ...

Auf diesen Sätzen und ihren späteren gesetzlichen Modifikationen beruhte für die iudicia legitima auch noch die gemilderte Personalexekution der klassischen Zeit. Für die iudicia quae imperio continentur traf der Prätor Vorsorge.[2] Das tempus legitimum der 12 Tafeln wird von ihm übernommen, Gai. III, 78:

> ... iudicatorum ... tempus, quod *eis* parti*m* lege duodecim tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.[3]

Bei Nichtzahlung erfolgt in ius uocatio, eventuell gewaltsame Vorführung des Schuldners, hierauf addictio desselben an den Kläger für den bestimmten Geldbetrag, und folgt der Schuldner nicht freiwillig, duci iubere.[4] Der Prätor trug auch Sorge für Unterhalt und Bettung des ductus, indem er wahrscheinlich diesem in erster Linie gestattete, auf eigene Kosten zu leben, eventuell aber den Gläubiger bei Vermeiden einer Strafklage verpflichtete, für uictus und stratus zu sorgen. Einer solchen Strafklage nämlich dürfte das utile iudicium nachgebildet gewesen sein, das Licinnius Rufinus in fr. 34 (42. 1) erwähnt:

> Si uictum uel stratum inferri quis iudicato non patiatur, utilis in eum poenalis actio danda est uel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.

Von allen diesen Bestimmungen nun finden wir deutliche Spuren in den eingangs dieses Paragraphen angeführten Stellen.

Zunächst sehen wir bei Ulp. 58 (42. 1) 4 § 3–6 eine Klausel des Edikts erörtert, die dem condemnatus aufgab, innerhalb des tempus legitimum die Judikatssumme zu zahlen. Von dieser Klausel sind uns die Worte

CONDEMNATUS UT PECUNIAM SOLUAT[5]

[1] Nicht zugleich auch von der Frage, wer die actio iudicati habe.

[2] Diese Vermutung wird schon von Huschke in der iurisprudentia anteiustiniana ad Gai. III, 78 aufgestellt. Abweichend H. Krüger, SZ 37, 277 f.

[3] Vgl. auch (16. 2) 16 § 1, (22. 1) 3 pr.

[4] Cic. de orat. II, 63 § 255: Quanti addictus? mille nummum. Cic. pro Flacco c. 20 i. f.: cum iudicatum non faceret, addictus ... et ... ductus est. L. Rubria c. 21: tantae pecuniae ... duci iubeto. Seneca, de benef. III, 8 § 2, Quinctil. instit. V, 10 § 60. VII, 3 § 26 f., Plin. epist. III, 19 § 7, Gai. III, 199, Gell. N. A. XX, 1 § 51, Ulp. disp. fr. Argent. 7.

[5] Die Echtheit der Fassung wird von Bethmann-Hollweg, CP II, 633 n. 20, aus sehr ungenügendem Grunde angezweifelt.

in fr. 4 § 3 cit. direkt als ediktal überliefert. Hiervon sind die Worte ut pecuniam soluat in fr. 4 § 3. 4,[1] das Wort condemnatus in fr. 4 § 6 kommentiert. Dazwischen aber finden wir in fr. 4 § 5 eine Erörterung über die Berechnung des dem condemnatus geordneten tempus legitimum, so daß sich von selbst der oben behauptete Inhalt der Klausel ergibt. Unmittelbar auf die Erläuterung derselben folgt nun in fr. 4 § 7 eod. eine Definition des Worts soluisse, die, wie übrigens schon das Perfektum zeigt, nicht auf das bereits in fr. 4 § 3. 4 erörterte ut soluat bezogen werden kann:

> Soluisse accipere debemus non tantum eum qui soluit, uerum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit.[2]

Halten wir hiermit zusammen, daß nach fr. 4 § 3 cit. Labeo in unserm Edikt die Worte vermißte „neque eo nomine satisfaciat",[3] Worte, die nur in einem Konditionalsatz gedacht werden können, so wird man nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß hinter dem Gebot

CONDEMNATUS UT PECUNIAM SOLUAT (*intra XXX dies*)

unter Voranstellung eines

ni soluerit

die Folgen der Nichtbefolgung jenes Gebots geordnet waren. Und wenn der Fortgang der Stelle, der diese Folgen enthielt, in die Kompilation nicht aufgenommen worden ist, so ist dies ein deutlicher Hinweis darauf, daß dieselben zu Justinians Zeit nicht mehr praktisch waren, d. h. daß hier eben die Personalexekution geordnet war. Immerhin können wir aus einigen weitern Fragmenten sehr gut erkennen, wovon hier die Rede war.[4] Es kam zuvörderst zur in ius uocatio des condemnatus, der sich dieser, wie jeder andere, nur durch Stellung eines uindex entziehen konnte: hierher gehört Ulp. 58 (2. 6) 4. In iure schloß sich daran addictio und duci iubere, und hier begegnet uns bei Ulp. 58 (50. 16) 43, 45 und Gai. 22 eod. 44 die Erläuterung der auf den Unterhalt des ductus bezüglichen Wörter uictus und stratus, bei Gai. 22 (48. 15) 4 eine Bemerkung über die Straffolgen der Veräußerung freier Menschen — es ist ohne Zweifel der iudicatus gemeint —, und endlich bei Iulian. 45 (42. 1) 61 der in seiner jetzigen Gestalt rätselhafte, in seiner ursprünglichen aber aller Wahrscheinlichkeit nach auf die addictio bezügliche Satz:

> In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit.

Der Gesamtinhalt des Edikts kann hiernach gewiß nicht zweifelhaft sein.

In der 1. Aufl. (§ 200) nahm ich an, der Prätor habe in einer besondern

[1] Hierher ferner: Paul. 56 (46. 3) 54, vgl. Gai. III, 173. 174.

[2] Hierher Ulp. 58 (39. 5) 17, Gai. 22 (3. 3) 50, Gai. ad ed. pr. urb. h. t. h. t 7.

[3] . . . ait Labeo debuisse hoc quoque adici „neque eo nomine satisfaciat".

[4] War Exekution gegen den Ehegatten zulässig? Ulp. disp. fr. Argent. l. c.: sed uerius est nec post condemnationem maritum facile duci. Hierher vielleicht auch Gai. ad ed. pr. urb. h. t. (25. 2) 2.

Klausel das Urteil in der extraordinaria cognitio, das nicht als eigentliches Judikat gegolten habe, dem Judikate gleichgestellt. Der Widerspruch Eiseles[1] bestimmte mich, diese Annahme in EP[2] fallen zu lassen. Es sei, meinte ich, sehr unwahrscheinlich, daß der Prätor sich gelegentlich der ductio mit der extraordinaria cognitio befaßt habe, da doch die mit Kognitionen betrauten Magistrate selber in der Lage waren, die ductio anzuordnen. Seither hat Girard[2] meine frühere Ansicht mit so guten Gründen vertreten, daß auch ich wieder zu ihr zurückkehre. Möchten auch die Beamten der extraordinaria cognitio den siegreichen Kläger selber zur Duktion ermächtigen können,[3] so hatte dieser letztere doch, wenn er etwa seinen Schuldner in Rom antraf, ein entschiedenes Interesse daran, auch beim Prätor ein duci iubere erwirken zu können.[4] Auf eine hierhergehörige Ediktsklausel wären dann die beiden Fragmente aus Ulp. 59 zu deuten,[5] die in enger Beziehung zueinander zu stehen scheinen und schon in EP[1] § 200 diese Deutung erhalten hatten, (42. 1) 5 pr. und (50. 16) 46 pr.:

> Ait praetor: CUIUS DE EA RE IURISDICTIO EST. melius scripsisset „cuius de ea re notio est": etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui iurisdictionem non habent, sed habent de quauis alia causa notionem. (Fr. 46 pr. cit.) PRONUNTIATUM et STATUTUM idem potest: promiscue enim et pronuntiasse et statuisse solemus dicere eos, qui ius habent cognoscendi.

Von Urteilen in der extraordinaria cognitio handeln sie gewiß,[6] und daß sie in das Gebiet der Bestimmungen über die Personalexekution, nicht, wie ich in EP[2] annahm, in das der Regelung der Vermögensexekution fallen, folgert Girard mit Recht aus der Reihenfolge der Fragmente im Titel de V. S., wo fr. 49 aus Ulp. 59 (Begriffsbestimmung der „bona") sicher der Einleitung zur Lehre von der Vermögensexekution entnommen ist (s. unt. S. 413), dagegen fr. 48 aus Gaius (s. § 201) zweifellos von der Personalexekution handelt, so daß auch für fr. 46 aus Ulp. 59 die letztere Beziehung gefordert wird. Die fragliche Ediktsklausel müssen wir uns aber als Abschluß der Materie denken, d. h. hinter tit. XXXVI, zu dem die Belege noch aus Ulp. 58 stammen.

[1] Abh. z. röm. CP. (1889) 182f.

[2] Mél. de dr. rom. I, 288f. in der Note.

[3] Daß sie dies konnten, wird freilich von Girard, a. a. O. 289, bestritten. Hierin vermag ich ihm nicht beizutreten. Man vergegenwärtige sich nur die Rolle, die die Personalhaft im römischen Ägypten gespielt hat.

[4] Dasselbe gilt auch, wie Girard mit Recht bemerkt, bei auswärts ergangenen Urteilen von Geschworenen des ordo.

[5] Auch (5. 1) 75, das wahrscheinlich nicht Iul. 36, sondern Iul. 46 zu inskribieren ist, kann hierher gehören.

[6] Über die sprachgebräuchliche Bezeichnung des Urteils in der extraord. cogn. vgl. z. B. edict. Claudii de ciuit. Anaun. (CIL. 5, 538 n. 5050) lin. 19. 20; pronuntiatio Agrippae (CIL. 10, 2, 812 n. 7852). Ferner: fr. 40 pr. (4. 4), fr. 75 (5. 1), fr. 26 § 7, 28 § 4 (40. 5); c. 3, 7, 10, 11 (7. 43), c. 4 (7. 46). Wlassak, bei Pauly-Wissowa, s. v. cognitio, bezieht die im Text zit. Stellen auf iudices pedanei.

Tit. XXXVI a

§ 199. 200. DE CONFESSIS[1] *ET INDEFENSIS*

Ulp. 58,[2] Paul. 56,[3] Iulian. 45.[4]

Dem iudicatus ist in bezug auf die Zulässigkeit der Personalexekution in den zwölf Tafeln der certae pecuniae confessus gleichgestellt, tab. III, fr. 1:

Aeris confessi rebusque iure iudicatis usw.

Daß derselbe Grundsatz auch in klassischer Zeit galt, ist bekannt,[5] und daß er im Edikt an dieser Stelle ausgesprochen war, dürfen wir daraus schließen, daß die Kommentare sich eben hier mit ihm und mit der confessio überhaupt beschäftigen: Paul. 56 (42. 2) 1, (50. 17) 142, Ulp. 58 (42. 2) 2.

Ductio fand weiterhin zweifellos auch gegen denjenigen statt, der sich auf erhobene actio certae creditae pecuniae nicht gehörig defendierte.[6] Im übrigen aber wird Gleichstellung des indefensus mit dem iudicatus nicht behauptet werden dürfen: ihm blieb das Recht, durch nachträgliche Übernahme der Defension in jedem Augenblick der Personalhaft ein Ende zu machen.[7]

Nicht unbestritten ist die Frage, ob Personalhaft auch gegen den certae rei und incerti confessus und gegen denjenigen zulässig war, der gegen actio certae rei oder incerti indefensus blieb.[8] L. Rubr. c. XXII i. f. (v. eosque duci . . . iubeto) scheint aber zur Bejahung der Frage zu nötigen.

Alle Personalhaft war ausgeschlossen im Fall der cessio bonorum, und so erklärt es sich, daß die Kommentare und vielleicht auch das Edikt in diesem Zusammenhang die cessio bonorum berühren, Ulp. 58 (42. 3) 3, Paul. 56 eod. 5.[9]

[1] Rubr. D. (42. 2), C. (7. 59).

[2] (42. 2) 2, (42. 3) 3.

[3] (42. 2) 1, (42. 3) 5, (50. 17) 142.

[4] (12. 6) 35.

[5] L. Rubr. c. XXI. Die Äußerung des Paulus in fr. 1 h. t. „confessus pro iudicato est" (vgl. auch sent. V, 5a § 2) wird hiernach einschränkend zu interpretieren sein. Auf das vielbesprochene fr. 6 pr.-§ 2 h. t. (Lit. bei Püschel, conf. p. iud. est [1924] 144[2]) kann hier nicht eingegangen werden. In C. (6. 31) 4 sind die Worte „certam quantitatem deberi" mit Pernice, SZ 14, 165 für itp. zu achten.

[6] L. Rubr. c. XXI, dazu die lichtvolle Darstellung von Demelius, Confessio (1880) 111 f., 129 f., und jetzt Gradenwitz, Heidelb. Sitzgsber. 1915, 9. Abh. (Versuch einer Dekompos. d. Rubr. Fragm.) 27 f.

[7] Anders die 1. Aufl. 329 f. Ich stützte meine damalige Meinung auf das nicht begründete arg. e contr. aus Ulp. 58 (42. 3) 3 und Paul. 56 eod. 5; vgl. dagegen Naber (obs. 78), Mnem. 25, 300.

[8] S. Demelius, a. a. O. 152 n. 2, auch EP[2].

[9] Auch Iulian. 45 (12. 6) 35 kann in den gleichen Zusammenhang gehören. Die Stelle handelt, wie fr. 3 und 5 cit., von nachträglicher Übernahme der defensio.

Tit. XXXVII

§ 201. QUI NEQUE SEQUANTUR NEQUE DUCANTUR

Gai. ad ed. pr. urb. tit. Qui neque sequantur neque ducantur.[1]

Die Authentizität obigen Titels ist, Abschreiberversehen vorbehalten, durch die Inskription der in n. 1 angeführten Stelle sichergestellt. Die Anknüpfung an die Personalexekution ergibt sich schon aus seinem Wortlaut, die Stellung im Ediktsystem daraus, daß wir die Stelle im Titel de V. S. zwischen Stellen aus Ulp. 59 und Paul. 56 finden, mit welchen Büchern der Titel aus dem Werk des Gaius gewiß auch in der Ediktreihe kombiniert war. Die Meinung des Cujaz,[2] der unsern Titel zu der in ius uocatio in Beziehung setzen will, ist daher gewiß unhaltbar; gegen sie spricht auch der Umstand, daß die zehn Bücher des Gaianischen Kommentars zum Urbanedikt, die von den Kompilatoren benutzt worden sind, allem Anschein nach ein zusammenhängendes Stück bildeten,[3] — wie sollte in dies Stück, das mit dem Titel de testamentis beginnt, eine Stelle aus dem viel früheren Abschnitt de in ius uocando kommen?

Ist die Anknüpfung des Titels an die Personalexekution gewiß, so halte ich es dagegen für unmöglich, mit einiger Sicherheit zu ermitteln, was unter ihm verordnet gewesen sein mag. Cujaz verstand die Worte „qui neque sequantur neque ducantur" im Sinne von „quos neque sequi neque duci oporteat"; dementsprechend suchten Rudorff, sowie ich selbst in der 1. Aufl. hier die Befreiungen von der Personalexekution. Eine solche Befreiung ist sicher bezeugt für diejenigen, qui ex lege Iulia bonis cesserint,[4] und so stellte ich Ulp. 59 fr. (42. 3) 4, wo anscheinend ex professo von der cessio bonorum gehandelt wird, unter unsern Titel. Da ferner Ulpian im gleichen Buche den Begriff der materfamilias definiert — (50. 16) 46 § 1 — und es an sich wahrscheinlich ist, daß anständige Frauen von der Personalexekution ausgenommen waren,[5] so wurde auch diese zweite Ausnahme vermutungsweise unter unsern Titel gebracht. Der Stelle aus Gaius selbst, deren Inskription wir unsere Kenntnis der Rubrik verdanken, suchte ich eine sehr problematische Beziehung zur cessio bonorum zu geben.[6]

[1] Fr. 48 (50. 16).

[2] ed. Neap. VII, 116, VIII, 528 f.

[3] Es umfaßte unsere Titel XXVI–XXXVII; in den Inskriptionen fehlen nur die tit. XXXIV. XXXV. XXXVI[a], — es muß dahingestellt bleiben, ob durch Zufall, weil die Kompilatoren ihren Bedarf hier aus andern Werken deckten, oder deshalb, weil Gaius in seinem Kommentar zum Urbanedikt vielleicht diese Tit. nicht erörtert hatte.

[4] C. (7. 71) 1.

[5] Arg. Val. Max. II, 1, 5: . . . in ius uocanti matronam corpus eius adtingere (antiqui) non permiserunt. Vgl. auch Constantin. C. (1. 48) 1, Nov. 134 c. 9.

[6] S. jetzt dazu Wlassak, bei Pauly-Wissowa s. v. cessio bonorum II, i. f.

Es ist mir heute recht zweifelhaft, ob diese Deutung dem Inhalt unseres Titels entspricht. Zwar daß das Edikt in der Tat Befreiungen von der Personalexekution vorgesehen hat, ist überaus wahrscheinlich, und hierher können die beiden angef. Fragmente aus Ulp. 59 gehören.[1] Aber eine ganz andre Frage ist, ob wir diese Befreiungen unter der Rubrik zu suchen haben, die uns hier beschäftigt. „Qui neque sequantur neque ducantur" ist, scheint mir, nicht gleichbedeutend mit „Quos neque sequi neque duci oporteat". Die Rubrik bezeichnet wahrscheinlich nicht diejenigen, für die keine Folgepflicht besteht und die der ductio nicht unterworfen sind, sondern lediglich diejenigen, die nach erfolgter addictio sich weder freiwillig der Haft ergeben noch auch zwangsweise festgenommen werden, also trotz der addictio frei von der Haft bleiben.[2] Daneben mochte auch noch von denen die Rede sein, die der Gläubiger nachträglich der Haft entlassen hatte. Gaius könnte gerade von diesen in der Stelle gehandelt haben, deren Inskription unsere Rubrik überliefert, fr. 48 de V. S.:

> Solutum non intellegimus eum, qui licet uinculis leuatus sit, manibus tamen tenetur: ac ne eum quidem intellegimus solutum, qui in publico sine uinculis seruatur.

Die rechtliche Lage dieser Personen mußte zu mancherlei Fragen führen. Behielt die addictio, einmal erfolgt, bis zum Tode des addictus ihre Kraft? mußte, wenn auf das duci iubere nicht alsbald die ductio folgte, später eine neue Ermächtigung nachgesucht werden? durfte der Gläubiger den freiwillig Entlassenen wieder von neuem in Verhaft nehmen? durfte es ein anderer Gläubiger?[3] war gegen den addictus, solange die ductio schwebte, zugleich Vermögensexekution zulässig oder nicht?[4] Diese und ähnliche Fragen könnten unter unserer Rubrik behandelt worden sein. Ich gebe dies als bloße Hypothese, — zu sichern Resultaten läßt sich, wie schon bemerkt, hier nicht gelangen.

[1] Auch das auf die cessio bonorum bezügliche. Vgl. v. Woess, SZ 43, 500f.

[2] Girard, mél. de droit romain I, 287[1], meint, dann hätte die Rubrik lauten müssen: qui neque secuti neque ducti sint (ihm folgt Guenoun, la cessio bon. 34), und verweist auf die Analogie der Rubrik „qui pro aliis ne postulent". Mir will scheinen, daß der Prätor, um den von mir unterstellten Sinn auszudrücken, ebensogut das Präsens wie das Perfekt gebrauchen konnte. Bei der Rubrik qui ne postulent aber handelt es sich um ein Nicht*sollen*, während unsere Rubrik nach Cujaz und denen, die ihm folgen, von einem Nichtzufolgen*brauchen* zu verstehen wäre. Die Sprache des Edikts ist nicht mehr die der Zwölftafeln, die allerdings Nicht*sollen* und Nicht*brauchen* in gleicher Weise ausdrückt.

[3] Kniep, d. Rsgel. Gaius 318.

[4] Gegen Kumulierung von Personal- und Vermögensexekution besonders Steiner, datio in sol. (1914) 34.

Tit. XXXVIII

QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR

Ulp. 59–61, Paul. 57. 58, Gai. 23, Iulian. 46. 47.

Einleitung zu diesem Abschnitt gibt Ulp. 59 (50. 16) 49 — Begriff der bona — und (48. 6) 4 — Verbot eigenmächtiger Okkupation.

Beziehung zu vielen Klauseln des Abschnitts hat Prob. V, 24: B. E. E. P. P. V. Q. I.[1] = bona ex *edicto*[2] possideri proscribi uenirique iubebo.

Zu einigen der in diesen Titel von mir aufgenommenen Klauseln fehlen in den erhaltenen Kommentarfragmenten die Belege. Es wird dies nicht wundernehmen, wenn man das durchaus veränderte Exekutionsrecht der Justinianischen Zeit bedenkt.

Nicht unzweifelhaft ist mir der Fall der von Keller[3] hierhergerechneten freiwilligen Insolvenzerklärung: si quis sponsoribus creditoribusue suis renuntiauerit se solidum soluere non posse.[4] Wenn diese renuntiatio Infamie nach sich zog,[5] so folgt daraus noch nicht, daß sie einen selbständigen Grund zur bonorum uenditio bot. Man sieht nicht, welche Rolle sie neben den übrigen, in den folgenden Paragraphen behandelten Gründen dieser gespielt haben könnte.

§ 202. *QUI IUDICATUS PROUE IUDICATO ERIT*[6] *QUIUE ITA UT OPORTET DEFENSUS NON FUERIT*[7]

Gai. III, 78:

> Bona autem ueneunt . . . iudicatorum[8] post tempus quod eis . . . ad expediendam pecuniam tribuitur.

Dem iudicatus gleich — pro iudicato — galt auch hier der certae pecuniae confessus.[9] Dagegen konnte eine confessio in iure, die nicht auf certa pecunia ging, dem Judikat nicht gleichgelten. Hier bestanden noch Defen-

[1] Der C. Ambros. des Probus hat am Schlusse statt I. die Abkürzung P. P. Hiernach vermutet Huschke (Gaius 46) und mit ihm Rudorff (EP § 199 n. 8) ein P. P. I. = pro portione iubebo. Die obige Mommsen-Krügersche Lesart entspricht dem C. Rom. Chigianus und dem Einsidl., in welch letzterm sich die Noten „P. P. = possideri proscribi" und „V. Q. I. = uenirique iubebo" getrennt finden. Vgl. auch l. Rubria c. 22 g. E. Sachlich ist gegen das ueniri pro portione iubebo indes nichts einzuwenden. Vgl. Gai. II, 155.

[2] Vgl. Cic. pro Quinctio c. 28 § 86, Venulei. (43. 29) 4 § 3.

[3] CP § 84 I A. n. 1040.

[4] Tab. Heracl. lin. 114.

[5] Vgl. oben S. 79.

[6] Diese Klausel ist aus den Kommentaren nicht sicher zu belegen. Die in der 1. Aufl. hier angezogenen Stellen aus Paul. 57 — fr. 35 (22. 1), fr. 18 (46. 2) — gehören zu der in § 206 behandelten Klausel.

[7] Vgl. Ramadier, eff. de la missio i. b. (1911) 27², wo freilich die Berufung auf Cic. p. Quinctio 19 § 60 nicht zieht (s. S. 415 n. 13).

[8] Scaeu. (15. 1) 51, Antonin. C. (8. 17) 4 (3).

[9] Vgl. die oben S. 410 n. 5 angef. Stellen.

sionspflichten, auf deren Detail einzugehen zu weit führen würde. Erfüllte der confessus sie nicht, so trat freilich auch hier als Zwangsmittel missio in bona ein,[1] jedoch gewiß mit dem Recht, nachträglich, solange die bona noch nicht verkauft waren, noch die defensio zu übernehmen.[2] Das gleiche galt von jedem Beklagten, der sich auf eine erhobene actio in personam (certi oder incerti), obwohl in iure gegenwärtig, nicht gehörig defendierte.[3] Wahrscheinlich hat eine hierauf bezügliche Klausel an dieser Stelle des Edikts gestanden; jedenfalls haben die unten folgenden Klauseln „Qui fraudationis causa latitabit" und „Qui absens iudicio defensus non fuerit" mit diesen Fällen nichts zu tun; sie setzen Abwesenheit des Beklagten in iure voraus.

Möglich ist, daß der Prätor neben dem Judikat des Volksprozesses auch hier (s. oben S. 409) das in der extraordinaria cognitio ergangene in Betracht gezogen hat. Ein Beweis dafür liegt freilich nicht in fr. 7 § 13 (2. 14) und dem zugehörigen Scholion des Stephanus (Heimb. Basil. I, 572 n. 30): die hier erwähnte actio „proiudicati" ist sehr wahrscheinlich byzantinischen Ursprungs;[4] wäre sie es aber auch nicht,[5] so besteht jedenfalls keinerlei Grund, sie in das prätorische Album zu setzen. Indes, wie bei uns, so wird es auch in Rom unumgänglich gewesen sein, die Eröffnung des Konkursverfahrens einer einzigen Behörde zu übertragen; die Durchkreuzung einer eingeleiteten uenditio bonorum durch eine zweite oder durch eine distractio bonorum hätte zu unerträglichen Mißständen geführt. Daher kann es dem Prätor obgelegen haben, zu bestimmen, welche Urteile er als geeignete Grundlage zur Einleitung der Vermögensexekution ansehe.[6] Keinesfalls aber gehören in diesen Zusammenhang die beiden von mir oben S. 409 besprochenen Stellen aus Ulp. 59, fr. 5 pr. (42. 1) und fr. 46 pr. (50. 16). Sie beziehen sich aus den dort angegebenen Gründen auf die Personal-, nicht auf die Vermögensexekution.

§ 203 (206). *QUI EX LEGE IULIA BONIS CESSERIT*[7]

Gai. III, 78:

Bona autem ueneunt ... eorum, qui ex lege Iulia *b*onis cedunt.

Vgl. C. (2. 11 [12]) 11. Aus den Kommentaren ist diese Klausel nicht mit Sicherheit zu belegen. Über D. (42. 3) 4 s. oben S. 411.

[1] L. Rubr. c. XXII. Die Darstellung bei Demelius, Confessio 146f., 154f., soviel sie zur Aufklärung beigetragen hat, leidet darunter, daß das stark korrumpierte und überdies auf die extraordinaria cognitio bezügliche fr. 6 (42. 2) als authentischer Bericht über das Formularverfahren verwertet wird. Vgl. Pernice, SZ 14, 162f., meine Paling. Ulp. nr. 2277, Giffard, NRH 1905, 449ff.

[2] Der Beweiswert des abgelegten Geständnisses blieb dabei natürlich bestehen.

[3] L. Rubr. c. XXII. Vgl. wegen der Möglichkeit nachträglicher Defension: (42. 5) 33 § 1.

[4] Eisele, Abh. z. röm. CP 182f.

[5] Die Hypothese Heskys, bull. 16, 124f., daß hinter dem proiudicati die alte manus iniectio pro iudicato stecke, scheint mir allzu kühn.

[6] Anders löst den Knoten Samter, Nichtförml. Gerichtsverf. (1911) 142f.

[7] Die Klausel könnte auch (wie bei Gai. III, 78) vor der des § 202 gestanden haben.

§ 204 (203). *QUOD CUM PUPILLO CONTRACTUM ERIT, SI EO NOMINE NON DEFENDETUR*

Ulp. 59,[1] Iulian. 46?[2]

Aus Ulp. 59 ersehen wir, daß das Edikt in einer besondern Klausel den in der Rubrik angegebenen Fall vorsah. Der Anfang dieser Klausel lautete etwa folgendermaßen:

> *Quod cum pupillo contractum fuerit,*[3] *si eo nomine non defendetur,*[4] *eius rei seruandae causa bona eius possideri iubebo.*

Der Fortgang ist h. t. 5 § 2 wörtlich überliefert:

> SI IS PUPILLUS IN SUAM TUTELAM UENERIT EAUE PUPILLA UIRIPOTENS FUERIT ET RECTE DEFENDETUR:[5] EOS QUI BONA POSSIDENT, DE POSSESSIONE DECEDERE IUBEBO.[6]

§ 205 (204). QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT

Ulp. 59.[7]

Ulp. 59 h. t. 7 § 1:

> Praetor ait: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT,[8] SI BONI UIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR,[9] EIUS BONA POSSIDERI UENDIQUE IUBEBO.[10]

Statt possideri uendique hieß es bei Ulpian ohne Zweifel: ex edicto possideri proscribi uenirique.

Vgl. Gai. III, 78. Cic. pro Quinctio c. 19 § 60 (edictum QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT). Prob. Einsidl. 66: F. C. L. = FRAUDATIONIS CAUSA LATITAT.

§ 206 (205). QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT

Ulp. 60,[11] Paul. 57.[12]

Cic. pro Quinctio c. 19 § 60:

> tracta edictum: . . . QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT.[13]

[1] h. t. 3, 5, 7, (26. 7) 10, letztere Stelle falsch Ulp. 49 inskribiert.

[2] cit. (49. 4) 1 § 14, falsch Iulian. 40 inskribiert?

[3] Ulp. 59 h. t. 3. Zu fuerit vgl. Ramadier, a. a. O. 28^2.

[4] Ulp. 59 h. t. 5 pr. § 1. Vgl. Paul. sent V, 5^b § 1 = (42. 5) 39 pr.

[5] Ulp. 59 h. t. 5 § 3, (26. 7) 10.

[6] Ulp. 59 fr. 5 § 3, 7 pr. cit. Fr. 5 § 3 cit.: interdicto reddito (Lenel, mél. Gir. II, 82). Vgl. (25. 5) 1 § 2.

[7] h. t. 7 § 1-ult., (5. 1) 63, fr. 63 cit. falsch Ulp. 49 inskribiert.

[8] Ulp. 59 h. t. 7 § 2-ult. Cf. Ulp. (42. 5) 36.

[9] Ulp. 59 (5. 1) 63. Cf. auch Ulp. 12 (4. 6) 21 § 3.

[10] Venulei. (43. 29) 4 § 3, Ulp. 12 (4. 6) 23 § 4, Diocl. et Max. C. (7. 72) 9.

[11] (3. 3) 51, 53, (5. 1) 19, (42. 5) 5.

[12] (3. 3) 52, 77, h. t. 6, (22. 1) 35, (46. 2) 18 cf. Paul. nr. 696, (40. 5) 5.

[13] Diese Worte finden sich zwar in keiner erhaltenen Handschrift. Hotomanus und Lambinus wollen sie aber handschriftlich gelesen haben, und dem Sinne nach sind sie unentbehrlich. Vgl. Keller, semestr. 61 f. (gegen ihn Mommsen, jur. Schr. III, 552), Karlowa, Beiträge (1865) 115 f., Costa, le oraz. di dir. priv. di M. Tull. Cic. (1899) 13. Manche, neuerdings wieder Kübler, SZ 14, 63 f., wollen die Worte „si absens iudicio *etc.*" der Klausel „Qui fraudationis causa latitabit" anhängen. Allein die Kommentare beweisen die Selbständigkeit unserer Klausel. Ausführlich über die ganze Frage Fliniaux, ét. Gir. I, 43 f. M. E. unmögliche Vermutung bei Biondi, bull. 29, 233.

Vgl. Gai. III, 78:

Bona . . . ueneunt . . . eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur.[1]

S. noch Ulp. 59 h. t. 7 § 17 i. f., Ulp. 71 (43. 29) 3 § 14, Seuer. et Antonin. C. (2. 12. [13]) 3.

An das „Qui absens iudicio defensus non fuerit" schloß sich gewiß das gewöhnliche *„eius bona possideri iubebo"*. Den weitern Fortgang des Edikts aber bringt Paul. 57 h. t. 6 § 1:

Cum dicitur: ET EIUS, CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS, *UENEANT*,[2] PRAETERQUAM PUPILLI[3] ET EIUS, QUI REI PUBLICAE CAUSA SINE DOLO MALO AFUIT.[4]

Vgl. Gordian. C. (2. 50 [51] 4. Die Ausnahme ist dieselbe, wie in der tab. Heracl. lin. 116 f.:

praeterquam sei quoius quom pupillus esset reiue publicae caussa abesset neque dolo malo fecit fecerit, quo magis rei publicae caussa abesset.

Die im obigen nicht bereits untergebrachten Stellen der Kommentare beschäftigen sich sämtlich mit dem Begriff defendere, indem sie teils den Ort bestimmen, wo die Defension zu übernehmen,[5] teils die Art und Weise des defendere überhaupt.[6]

§ 207. CUI HERES NON EXTABIT

Ulp. 60,[7] Iulian. 46.[8]

Gai. III, 78:

mortuorum bona *u*eneunt . . . eorum, quibus certum est[9] neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

Cic. pro Quinctio c. 19 § 60:

tracta edictum . . . CUI HERES[10] NON EXTABIT.

Callistr. (49. 14) 1 § 1:

. . . edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona ueneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.[11]

[1] Zur Interpretation dieser Stelle vgl. Karlowa, a. a. O. 133 f.

[2] Im Edikt selbst hieß es ohne Zweifel „ueniri iubebo". Vgl. hierzu Solazzi, l'editto qui absens (onor. Simoncelli).

[3] Vgl. § 204 und gegensätzlich Ulp. 60 (42. 5) 5: si minor . . . a curatoribus non defendatur . . ., bonorum uenditionem patitur. Vgl. hierzu Solazzi, l'editto q. abs. S. A. 13.

[4] Prob. Einsidl. 68 R. P. C. S. D. M. = re*i* publicae causa se do*lo* malo. Paul. 57 h. t. 6 § 2. Paul. sent. 5 (42. 5) 39 § 1, Ulp. 10 (3. 5) 1, Papinian h. t. 13, Marcian. (42. 5) 35. Über fr. 21 § 2 (4. 6) vgl. Karlowa, a. a. O. 129 ff.

[5] Ulp. 60 (5. 1) 19.

[6] Ulp. 60 (3. 3) 51, 53, Paul. 57 eod. 52, 77.

[7] (40. 5) 2, 4.

[8] (42. 6) 6 dürfte falsch inskribiert sein — statt Iulian. 47 —; cit. (4. 4) 11 § 5.

[9] Über den Fall „si diu incertum sit heres extaturus nec ne sit" vgl. § 208 a. E.

[10] Das Edikt hat (zum Teil jedenfalls erst in nachciceronischer Zeit) Zusätze wegen der nicht-zivilen Universalsukzessoren erhalten. Wegen des Fiskus siehe Callistratus im Text.

[11] Vgl. Diocl. et Max. C. (7. 72) 5.

Im Anschluß an die Klausel Cui heres non extabit erörtern die Juristen das Reskript M. Aurels über die addictio bonorum libertatium seruandarum causa, dessen Wortlaut in § 1 I. (3. 11) erhalten ist, und verwandte Materien.[1]

§ 208. DE IURE DELIBERANDI[2]

Ulp. 60,[3] Paul. 57[4] Gai. 23.[5]

Dies Edikt, wie auch das nächstfolgende, ist ein bloßer Anhang zur Klausel Cui heres non extabit: es gibt das Mittel an die Hand, wodurch im Interesse der Gläubiger der Ungewißheit, ob ein Erbe da sein wird, ein Ende gemacht werden kann.

Gai. II, 167 berichtet wie folgt:

> solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si ue*li*t, ade*at* hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus *b*ona defuncti uendere.

Das kann wohl nur dahin verstanden werden, daß der Prätor auf Antrag der Gläubiger dem angeblich zur Erbschaft Berufenen eine Frist zum Antritt setzt und, wenn er innerhalb der Frist nicht antritt, das Verfahren der bonorum uenditio über die Erbschaft eröffnet. Daß ein solches Vorgehen möglich war, ist wohl nicht zu bezweifeln.[6] Damit ist aber der Inhalt des Edikts doch nicht erschöpfend wiedergegeben. Nach unsern spezielleren Quellen war das gewöhnliche Mittel, den Erben zur Erklärung zu nötigen, die interrogatio in iure an heres sit.[7] Wollte der Erbe sich nicht sofort erklären, so stand es ihm frei, sich eine Deliberationsfrist zu erbitten, die der Prätor zu gewähren versprach.

Diocl. et Max. C. h. t. 9:

> rector . . . aditus prouinciae, si hereditati necdum sunt obligati, eos an heredes sint interrogare debebit[8] ac, si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet.

Ulp. 60 h. t. 1 § 1:

> Ait praetor: SI TEMPUS AD DELIBERANDUM PETET, DABO.[9]

[1] Ulp. 60 (40. 5) 2, 4, Paul. 57 eod. 5; vgl. I. (3. 11) § 2.

[2] D. (28. 8), C. (6. 30).

[3] h. t. 1, 3, 5 — fr. 5 falsch Ulp. 70 inskribiert —, (29. 2) 69, (42. 4) 8.

[4] h. t. 2, (28. 5) 58 [57], (29. 2) 56, 70 — fr. 56 falsch Ulp. 57 inskribiert —, (42. 4) 9, (42. 7) 1, (42. 5) 4.

[5] h. t. 6.

[6] Das hat Solazzi, Spatium deliberandi (1912), gegenüber Dedekind (s. n. 7) und meiner Darstellung in EP[2] m. E. wahrscheinlich gemacht. Auffallend bleibt freilich dabei, daß Gai. l. c. das abweichende, auch nach Solazzi normale Verfahren (s. den Text) außer Betracht gelassen haben würde.

[7] Vgl. Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben (1870) 11 f.

[8] Paul. 57 (42. 5) 4 i. f., (29. 2) 70 § 2, Ulp. 49 (38. 9) 1 § 12. Über (42. 7) 1 pr., (29. 2) 70 § 1 vgl. Demelius, confessio 259[2], und namentlich Solazzi, studi sul concorso etc., mem. Lincei 1922, 547 f. Auffallend ist, daß in C. h. t. 9 und anscheinend auch in (38. 9) 1 § 12 die interrogatio nicht durch die Gläubiger, sondern durch den Magistrat erfolgt. Doch dürfte das gegenüber den andern Stellen kaum von Bedeutung sein.

[9] Hierzu Ulp. 60 h. t. 1 § 2, 3, 5, Paul. 57 h. t. 2, Pompon (28. 5) 23 § 1: edictum . . ., quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. Vgl. ferner (11. 1) 5, 6 pr.

Verhielt sich der Befragte der interrogatio gegenüber ganz passiv oder trat er die Erbschaft innerhalb der Deliberationsfrist nicht an, so wurden nunmehr zunächst die an zweiter, dritter usw. Stelle Berufenen befragt, jenem ersten aber die actiones hereditariae denegiert:[1]

Marcell. h. t. 10:

> Si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos obseruaturum se ait praetor id quod *de* praefiniendo tempore deliberationis edicit.[2]

Ulp. 60 (29. 2) 69 i. f.

> . . . intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.[3]

Blieb die Befragung durchweg resultatlos, insofern keiner se heredem esse respondierte noch auch sonst die Erbschaft antrat, so kam es jetzt endlich zur bonorum uenditio.

Für den Fall, daß sich die Entscheidung lange hinzog, scheint der Prätor besondere Vorsorge getroffen zu haben, Ulp. 60 (42. 4) 8:

> Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei seruandae causa possidere, et, si ita res urgueat uel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur.

Daß wir es nämlich hier, trotz der nicht darauf deutenden Ausdrucksweise der Stelle, mit einem Edikt[4] zu tun haben,[5] ergibt Pompon. (28. 5) 23 § 4:

> [Et ideo] ait causae cognitionem adiectam propter eos, qui sine dilatione peregre essent uel aegritudine uel ualetudine ita impedirentur, ut in ius produci non possint, nec tamen defenderentur.

§ 209. 210. *SI SUUS HERES ERIT* . . .

Ulp. 60. 61, Paul. 58, Gai. 23, Iulian. 47.

Die Klausel Cui heres non extabit konnte an sich da, wo der Verstorbene einen suus heres hinterließ, keine Anwendung finden. Infolge Einführung des beneficium abstinendi wurde sie und zugleich auch das Edikt de iure deliberandi auf diesen Fall ausgedehnt.

Gai. II, 158:[6]

> (suis et necessariis heredibus) praetor permittit abstinere se ab heredi*tate*, ut potius parentis[7] bona ueneant.[8]

[1] A. M. Solazzi, spat. delib. 8.

[2] Hierher Ulp. 60 (29. 2) 69, Paul. 57 eod. 70, (28. 5) 58 [57].

[3] Nicht unberührt, aber sachlich m. E. durchaus glaubwürdig.

[4] Kommentar dazu enthält, außer Ulp. l. c., noch Paul. 57 (42. 4) 9, (29. 2) 70 § 1, (42. 7) 1, Pompon. 1 ad Sab. (28. 5) 23 § 2-4. Vgl. ferner (2. 12) 2. [O. 37.

[5] A. M. anscheinend Ramadier, a. a.

[6] Vgl. C. Gregor (6. 18) 1 = C. Iust. (5. 51) 4.

[7] Gai. 23 (50. 16) 51?

[8] Das Edikt war wohl fiktizisch gefaßt: perinde ac si is heres non esset. Vgl. (29. 2) 99, wo notwendig eine fiktizische Formel unterstellt werden muß. S. auch (42. 5) 4 v. „perinde . . . ac si is heres institutus non esset" (es liegt hier aber nicht der Fall unseres Edikts vor).

Vgl. Gai. 23 (29. 2) 57.

Der Prätor unterschied hier zwei Fälle.

1. *SI PUPILLUS HERES ERIT*

Ulp. 60,[1] Paul 58,[2] Gai. 23,[3] Iulian. 47.[4]

Gai. 23 (29. 2) 57 pr.:

> . . . impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, (proconsul) praestat abstinendi facultatem[5] . . .

Hieran schloß sich eine weitere Klausel, wodurch die Gläubiger gegen die Gefahr geschützt werden, daß der unmündige Erbe Verfügungen über die Erbschaft vornehme, die seinem Entschlagungsrecht (s. oben) nicht präjudizieren, die Gläubiger aber um ihr Befriedigungsobjekt bringen, Ulp. 60[6] (28. 8) 7 pr.:

> Ait praetor: SI PUPILLI PUPILLAE NOMINE POSTULABITUR TEMPUS AD DELIBERANDUM,[7] AN EXPEDIAT EUM HEREDITATEM RETINERE, [ET HOC DATUM SIT: SI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR],[8] BONA INTEREA DEMINUI[9] NISI [SI] CAUSA COGNITA[10] BONI UIRI ARBITRATU UETABO.

Paul. 58 (42. 5) 6 pr.:

> Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti uenire permittit, ut, quod superauerit, pupillo restituatur.[11]

Der Zusammenhang des Paulinischen Berichts, der sich ohne Zweifel enge an Ediktswortlaut anschloß, ist erst neuerdings von Solazzi[12] aufgedeckt worden. Das in fr. 7 pr. angeführte Edikt setzt voraus, daß namens des Pupillen eine Deliberationsfrist erbeten worden ist; als Antragsteller ist dabei an den Tutor zu denken. Wie aber, wenn der Pupill keinen Tutor hat? soll er dann einfach als indefensus gelten und sollen demgemäß die Erbschaftsgläubiger in sein Vermögen eingewiesen werden? Das wäre überaus unbillig, und darum sah der Prätor in einem besondern Edikt „si pupillus pupilla tutorem non habebit" eine besondere Einweisung bloß in die Erbschaft vor, mit den von Paulus angegebenen Folgen. Die Existenz dieses Edikts ergibt sich aus zwei Stellen, die, gewiß nicht zufällig, fast wörtlich miteinander übereinstimmen. Paul. 57 (42. 7) 1 pr.–§ 2:

[1] (28. 8) 7.

[2] (42. 5) 6, (28. 8) 9, (45. 1) 77, letztere Stellen auch auf den Fall si pubes heres erit bezüglich. Zu fr. 77 cit. vgl. (28. 8) 5 § 1, 7 § 3.

[3] (29. 2) 57, auf beide Fälle bezüglich.

[4] (29. 2) 44.

[5] Vgl. Pompon. eod. 11.

[6] Die Inskription ist richtig; sonst wäre fr. 8 eod. nicht neu inskribiert.

[7] Das Edikt de iure deliberandi ist also auf diesen Fall erstreckt.

[8] Die Worte „s. i. c. e. u." scheinen ein Glossem: wozu die causae cognitio vor Erlassung des Veräußerungsverbots? Anders die 1. Aufl. (s. auch Pernice, SZ 14, 144 n. 2). Über die Worte „et hoc datum sit" vgl. Gradenwitz, SZ 8, 257.

[9] Ulp. 60 (28. 8) 7 § 2, vgl. (18. 1) 26.

[10] Ulp. 60 (28. 8) 7 § 3.

[11] Offenbar ist hier eine Art bonorum distractio (nicht uenditio) vorgesehen, s. Solazzi, bull. 16, 93 f.

[12] Studi sul concorso dei cred., mem. Lincei 1922, 546 f.

Si quis sub condicione heres institutus est, cogendus est condicioni parere, si potest, aut, si responderit se non aditurum, etiamsi condicio extiterit, vendenda erunt bona defuncti. Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit aut bona vendenda. Sed si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat, per curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat, decerni solet.

Pomp. 1 ad Sab. (28. 5) 23 § 3:

Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, [et maxime si publicum debitum imminet]: per [pro]curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat.

Die Stellen sind gewiß nicht unberührt;[1] uns interessiert hier nur die vergleichsweise Heranziehung des Falls si pupillus heredem non habeat in Parallele mit der missio uentris nomine. Man wird daraus mit Bestimmtheit schließen dürfen, daß auch in diesem Fall ein curator bonorum bestellt wurde, der den Bestand der Erbschaft zu prüfen, sie eventuell zu versilbern und den etwa erzielten Überschuß dem Mündel auszuantworten hatte.

2. *SI PUBES HERES ERIT*

Ulp. 61,[2] Paul. 58,[3] Gai. 23.[4]

Gai. 23 (29. 2) 57:

Necessariis heredibus . . . abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit . . . puberibus ita, si se non immiscuerint.[5]

Gai. II, 159. 160:

idem iuris est et (*in*) uxoris persona, quae in manu est,[6] quia filiae loco est, et in nuru,[7] quae in manu filii est, quia neptis loco est. quin etiam similiter abstinendi po*te*sta*t*em facit praetor etiam ei, qui in causa *m*ancip*i*i est, (*si*) cum liber*tate* heres institutus sit,[8] *quamuis* necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam seruus.

Gai. 23 (29. 2) 57 § 2:

Seruis autem necessariis heredibus, siue puberes siue impuberes sint, hoc non permittitur.[9]

Ulp. 61 (29. 2) 71 § 3. 4:

Praetor ait: SI PER EUM EAMUE FACTUM ERIT, QUO QUID EX EA HEREDITATE AMOUERETUR . si . . . amouerit, abstinendi beneficium non habebit.[10]

[1] Hierüber Solazzi, a. a. O. 546f., 550f.

[2] (28. 8) 4, 8, (29. 2) 20, 66, 71, (50. 16) 50, 52. (46. 3) 55? Zahlungen des deliberierenden Erben?

[3] (28. 8) 9, (45. 1) 77, vgl. S. 419 n. 2.

[4] (29. 2) 57.

[5] Hierher Ulp. 61 (29. 2) 20.

[6] Vgl. (40. 5) 14.

[7] Ulp. 61 (50. 16) 50.

[8] Ulp. 61 (50. 16) 52: Patroni appellatione et patrona continetur.

[9] Ulp. 61 (29. 2) 66, 71 pr.-§ 2.

[10] Ulp. 61 eod. 71 § 4-9. War dies Edikt auch auf den impubes suus berechnet? Der Wortlaut spricht nicht dagegen.

Wegen des Deliberationsrechts, das, wahrscheinlich durch besondere Klausel, auch auf diesen Fall erstreckt war, vgl. Ulp. 61 (28. 8) 4, 8.

§ 211. *SI HERES SUSPECTUS NON SATISDABIT*[1]

Ulp. 61.[2]

Ulp. lib. 2 de omn. tribun. (42. 5) 31 pr. § 3:

> Si creditores heredem[3] suspectum putent,[4] satisdationem exigere possunt [pro suo debito reddendo] . cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet[5] . . . Quod si suspectus satisdare iussus decreto praetoris non obtemperauerit, tunc bona hereditatis possideri uenumque dari ex edicto suo [permittere] iubebit.

§ 212. *QUI CAPITALI CRIMINE DAMNATUS ERIT*

Gai. 23?[6]

An die Fälle der missio in bona mortuorum schließt sich naturgemäß die missio in bona capite deminutorum.

Was nun zunächst die capitis deminutio maxima und media anlangt, so gewährt uns positiven Anhalt die von Cic. pro Quinctio c. 19 § 60 überlieferte Klausel

Qui exsilii causa solum uerterit.[7]

Aber freilich: daß diese Klausel unverändert in das Hadrianische Edikt übergegangen, ist nicht recht wahrscheinlich.[8] Sie paßt ihrem Ausdruck nach auf die freiwilligen Selbstverbannungen der republikanischen Zeit, nicht aber auf die Kapitalstrafen der Kaiserzeit, die ja bekanntlich keineswegs bloß in exsilium bestanden.[9] Der Prätor wird wohl die alte Klausel späterhin durch eine andere ersetzt haben, die die sämtlichen Kapitalstrafen umfaßte[10] und, da ja diese als Regel nicht zur uenditio, sondern zur publicatio bonorum führten, vermutlich gleich der Klausel Cui heres non extabit die Bedingung enthielt „si ex his bonis fisco (populo) adquiri nihil possit."[11]

[1] satisdederit? So Ramadier, a. a. O. 28[6].

[2] (26. 5) 18, (26. 10) 8 cf. (42. 5) 31 § 1.

[3] legitimum? Vgl. Ferrini, bull. 13, 34.

[4] Vgl. hierzu Solazzi, bull. 13, 262.

[5] Gai. IV, 102 i. f.: siue cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimauerit.

[6] (42. 5) 7.

[7] Vgl. noch Liu. III, 58 § 10, XXV, 4 i. f., Cic. top. c. 4 § 18.

[8] S. Keller, semestr. 46 n. 4. A. M. Bethmann-Hollweg, CP II, 566, Wieding, Libellprozeß 681 (zweifelnd), Rudorff, EP § 206.

[9] Darauf, daß „exsilium" bei den Juristen auch oft untechnisch die für Bürgerrecht nicht präjudizierliche Relegation bezeichnet, lege ich kein Gewicht: denn s. (48. 1) 2, (38. 2) 14 § 3. Der relegatus ist übrigens für den Zivilprozeß nur einfach absens und fällt daher unter die Klausel Qui absens iudicio defensus non fuerit. Hierher (42. 4) 13.

[10] Hierher könnte möglicherweise die Abkürzung K.D. = kapite damnatus in dem Pariser Probusauszug (Girard, NRH 1910, 495 unter 36) gehören. Doch ist dies nicht die einzige Möglichkeit.

[11] Arg. (49. 14) 1 § 1, (28. 1) 8 § 1. Spartian., Hadr. 7, 7.

Ist Existenz und Fassung dieser Klausel immerhin unsicher, so ist dagegen die Nichtexistenz einer andern von Rudorff, EP § 206¹, angenommenen, ebenfalls die capitis deminutio magna angehenden Klausel gewiß: der Fall, wo jemand zur Strafe unter Verlust der Freiheit Sklave einer bestimmten andern Person wurde (z. B. infolge des SC Claudianum), war im Edikt nicht berücksichtigt, da die hier eintretende rechtliche Behandlung von Paulus (4. 5) 7 § 2 lediglich auf ein „ut Iulianus scribit" gegründet wird.

Von der capitis deminutio minima war m. E. an dieser Stelle des Edikts nicht die Rede, wiewohl Gai. 23 nach fr. 7 (42. 5) vgl. Gai. III, 84 gelegentlich vielleicht auch diese berührt hat. Die missio in bona, die dann eintrat, wenn ein adrogatus oder eine uxor in manu von ihrem Gewalthaber nicht gegen die Klage aus vor der Adrogation oder conuentio in manum kontrahierten Schulden defendiert wurde, war ohne Zweifel im Edikt ausdrücklich verheißen, aber aller Wahrscheinlichkeit nach nicht hier, sondern schon unter dem Titel de restitutionibus (s. § 42). Nun nimmt man allerdings auf Grund von Gai. IV, 80 noch einen zweiten Fall einer bei capitis deminutio minima eintretenden missio an: wenn nämlich Personen in manu oder in mancipio aus Kontraktschulden, die sie während der Dauer des Gewaltverhältnisses eingegangen, belangt und von ihrem Gewalthaber nicht in solidum defendiert worden seien. Ich meinerseits kann an diesen zweiten Fall der missio nicht glauben.[1] Es ist nicht einzusehen, warum der Prätor hinsichtlich der durante potestate kontrahierten Schulden bei den in manu oder mancipio befindlichen Personen ein ganz anderes Haftungssystem statuiert haben soll als bei den Hauskindern und Sklaven. Überdies ist aber das Haftungssystem, das man bei Gai. l. c. angedeutet zu finden glaubt, innerlich unmöglich.[2] Gaius sagt l. c.:

> quod uero ad *eas* personas, quae in manu mancipioue sunt, ita ius dicitur, ut, cum ex *contr*actu earum ag*a*tur, nisi ab eo, cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona quae earum f*u*tura forent, si e*ius* iur*i* subiectae non essent, ueneant . . .

Bezieht man diesen Bericht auf die während der Dauer der Gewalt eingegangenen Schulden, so kommt man hinsichtlich der uxor in manu zu dem ganz unglaublichen Resultat, daß es ihr völlig freigestanden habe, ihr eingebrachtes Vermögen während der Ehe durchzubringen, ohne daß ihr Ehemann sie daran hindern konnte, und dies zwar, obwohl sie sich nach Zivilrecht selber gar nicht gültig verpflichten konnte.[3] Ich habe daher durchaus keinen Zweifel, daß Gai. IV, 80 lediglich an das erinnern wollte, was er III, 84 und IV, 38 hinsichtlich der vorgewaltlichen Schulden der uxor in manu gesagt hatte,[4] um es zugleich auf die personae in mancipio aus-

[1] Übereinstimmend Cohn, Beiträge zur Bearb. des röm. R. Heft II, 332f.

[2] Nur für unwahrscheinlich erklärt es Mandry, Familiengüterrecht II, 349, der seinerseits Gai. IV, 80 auf die Deliktschulden der uxor in manu und des liberum caput in mancipio beziehen will.

[3] Gai. III, 104.

[4] Derartige Wiederholungen sind bei Gaius häufig. Vgl. Dernburg, Instit. d. Gaius, 40f.

zudehnen.[1] Daß bei den Worten „ex contractu earum" nur an vorgewaltliche Verträge zu denken sei, brauchte er nicht besonders hervorzuheben, weil sich nach Gai. III, 104 von selbst verstand, daß Kontrakte während der Dauer der manus oder des mancipium nicht gemeint sein konnten.

Tit. XXXIX

DE BONIS POSSIDENDIS PROSCRIBENDIS UENDUNDIS[2]

Ulp. 61. 62, Paul. 58. 59, Gai. 23. 24.

Die Juristen leiten diesen Titel mit Erörterungen über die Kompetenzfrage, vielleicht auch über die bona possidenda ein,[3] bei denen dahingestellt bleiben muß, auf welcher Rechtsquelle sie beruhen.

§ 213. *QUEMADMODUM IN POSSESSIONE ESSE OPORTEAT*

Paul. 59[4] (?).

Cic. pro Quinctio c. 27 § 84 überliefert ein hierhergehöriges Edikt, das wohl auch in das Hadrianische Album übergegangen sein dürfte:

> Qui EX EDICTO MEO IN POSSESSIONEM UENERINT,[5] EOS ITA UIDETUR IN POSSESSIONE ESSE OPORTERE . QUOD IBIDEM RECTE CUSTODIRE POTERUNT, ID IBIDEM CUSTODIANT.[6] QUOD NON POTERUNT, ID AUFERRE ET ABDUCERE LICEBIT. DOMINUM[7] INUITUM DETRUDERE NON PLACET.

§ 214. *DE FRUCTU PRAEDIORUM UENDENDO LOCANDOUE*[8]

Ulp. 61,[9] Paul. 59.[10]

[1] An welcherlei „bona quae earum futura forent" bei diesen zu denken ist, ist nicht ganz leicht zu sagen. Vgl. schon Scheurl, Beiträge I, 273 f., Desserteaux, Cap. dem. I, 278, NRH 1912, 459[2].

[2] D. (42. 5) de rebus auctoritate iudicis possidendis seu uendundis. C. (7. 72): de bonis auctoritate iudicis possidendis seu uenumdandis et de separationibus.

[3] Ulp. 61 (50. 1) 30, h. t. 8 pr., Paul. 58 (5. 1) 20, (42. 4) 4, h. t. 2, letztere Stelle fälschlich Paul. 54 (IIII statt VIII) inskribiert, Gai. 23 h. t. 1, 3, 13.

[4] h. t. 12 pr. § 1. Siehe aber S. 425 n. 3.

[5] Hierher vielleicht die n. 4 zitierte Stelle, vgl. Cic. pro Quinctio c. 23 § 73: etenim si ex edicto possedisti, quaero . . . cur ceteri sponsores et creditores non conuenerint.

[6] Vgl. (41. 2) 3 § 23.

[7] Als „dominus" war der Schuldner, wie es scheint, in dem ganzen Titel bezeichnet. Vgl. Ulp. 61 h. t. 8 pr.: . . . appellatione domini fructuarius quoque continetur.

[8] Vgl. zu diesem Edikt Solazzi, studi Scialoja (1905) I, 665 ff. Streitig ist, ob schon das Edikt oder erst Justinian den Gläubigern zwischen „locare" und „uendere" die Wahl ließ. Die Texte sind in mancher Beziehung verdächtig, s. Gradenwitz, bull. 2, 8 f., Pampaloni, riv. Ital. 49 (1911) 286[10], Ramadier, a. a. O. 99 f., Albertario, Fil. 1911, 817. Mich bestimmen (ebenso wie Solazzi), trotz der textkritischen Bedenken, sachliche Gründe dazu, die Wahl für ediktmäßig zu halten. Vgl. auch Solazzi, quest. sulla m. i. b. (in Scritti on. Chironi) SA 10 f., 16 f.

[9] h. t. 8 § 1–4, (22. 1) 36.

[10] (50. 16) 77, falsch Paul. 49 inskribiert. Paulus untersuchte hier den Unterschied zwischen fructus, fruges und frumentum.

Ulp. 61 h. t. 8 § 1. 3:

Si quis fructus[1] ex praedio[2] debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, uendere uel locare debet:[3] sed hoc ita demum, si ante neque uenierit neque locatus erit . . . (§ 3) De tempore locationis nihil praetor locutus est et ideo liberum arbitrium creditoribus datum uidetur, quanto tempore locent, quemadmodum illud est in arbitrio eorum, uendant uel locent . . .

§ 215. *DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO CREDITORUM*

Ulp. 62,[4] Paul. 59.[5]

Ulp. 62 h. t. 9 pr.:

Praetor ait: SI QUIS, CUM IN POSSESSIONE BONORUM ESSET, QUOD EO NOMINE FRUCTUS[6] CEPERIT, EI, AD QUEM EA RES PERTINET,[7] NON RESTITUAT: SIUE, QUOD IMPENSAE SINE DOLO MALO FECERIT, EI NON PRAESTABITUR:[8] SIUE DOLO MALO EIUS DETERIOR CAUSA POSSESSIONIS FACTA ESSE[9] DICETUR, DE EA RE IUDICIUM IN FACTUM DABO.

Ulp. 62 h. t. 9 § 6:

In eum quoque, qui neque locauit fructum praedii neque uendidit, in factum actionem[10] dat praetor . . . aestimatio autem fit, quantum interest eius qui experitur.

§ 216. *SI QUIS DOLO MALO FECERIT, QUO MINUS QUIS IN POSSESSIONEM SIT*

Ulp. 62,[11] Paul. 59.[12]

Ulp. *62* (43. 4) 1 pr.:

Ait praetor: SI QUIS DOLO MALO[13] FECERIT, QUO MINUS QUIS PERMISSU MEO EIUSUE CUIUS EA IURISDICTIO FUIT, *QUAE MEA EST*,[14] IN POSSESSIONEM BONORUM SIT, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM, QUANTI EA RES *ERIT*,[15] OB QUAM IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT, DABO.

Vgl. (42. 4) 14 pr., (42. 1) 51 § 1, (43. 4) 3 § 2.

Gai. IV, 177:

Contrarium . . . iudicium . . . constitui*tur* . . ., si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse, . . . partis . . . quintae.

[1] Ulp. 61 (22. 1) 36.
[2] Ulp. 61 h. t. 8 § 2.
[3] Ulp. 61 h. t. 8 § 4.
[4] h. t. 9, 11, (22. 1) 46.
[5] h. t. 10, 14.
[6] Ulp. 62 h. t. 9 § 1, (22. 1) 46.
[7] Ulp. 62 h. t. 9 § 3.
[8] Ulp. 62 h. t. 9 § 2. 4.
[9] Ulp. 62 h. t. 9 § 5, Paul. 59 h. t. 14 pr.
[10] Daß sie im Edikt proponiert war, folgere ich aus h. t. 9 § 7: hae actiones.
[11] (43. 4) 1, fälschlich Ulp. 72 inskribiert. Die Inskription Ulp. 62 ergibt sich aus der Korrespondenz mit Paul. 59.
[12] eod. 2.
[13] Ulp. *62* eod. 1 § 4.
[14] Vgl. (39. 2) 7 pr. Prob. Einsidl. 74: Q.M.E. = qu*ae* mea est.
[15] *Dig.* fuit. Cf. (43. 4) 1 § 5.

§ 217. *DE MAGISTRIS FACIENDIS BONISQUE PROSCRIBENDIS ET UENDUNDIS*[1]

Ulp. 62,[2] Paul. 59,[3] Gai. 24.[4]

Gai. III, 79[5]:

> Siquidem uiui bona ueneant, iu*b*et ea praetor per dies continuos XXX[6] poss*i*deri *e*t proscribi,[7] si uero mortui, p*er* dies XV: postea iub*e*t conuenire creditores[8] et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona ueneant:[9] itaque si *u*iui bona ueneant, in diebus (*X bonorum*) u*enditionem* fieri iubet, si mortui, in dimidio. *die*bus ita*que* uiui bona XXX*X*, mortui *u*ero XX emptori addici iubet.

Daß die Edikte, deren Inhalt Gaius im obigen summarisch wiedergibt, an diesem Orte standen, kann gar keinem Zweifel unterliegen, schon deswegen nicht, weil in den folgenden Büchern der Kommentare bereits die Rechtsmittel für und wider den bonorum emptor erörtert sind. Zu allem übrigen aber beschäftigt sich Paul. 59 (50. 16) 57 pr. mit Erläuterung des Worts magister, wozu nur die Klausel de magistris faciendis Anlaß gegeben haben kann.[10]

Aus den Kommentaren ergeben sich folgende Ergänzungen des Gaianischen Berichts.

Den eingewiesenen Gläubigern gewährt der Prätor die Befugnis, die auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners bezüglichen Urkunden zu prüfen — instrumenta cognoscere und dispungere, Worte, die Ulp. 62 (50. 16) 56 pr. erläutert.[11]

Es konnte vorkommen, daß der Schuldner Vermögen hatte, aber kein solches, woran für den Gläubiger ein possidere möglich war. Da die Regel des Edikts als erstes Stadium des Verfahrens das „bona per dies XXX

[1] Cic. ad Attic. VI, 1 § 15: alterum . . . de bonis [possidendis] uendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.

[2] (1. 9) 1, (2. 12) 5, (17. 1) 44, (42. 5) 15, (50. 16) 54, 56, (50. 17) 143.

[3] (42. 5) 12 § 2 (vielleicht auch pr. § 1), (50. 16) 53, 57; (29. 2) 19? s. S. 426 n. 1.

[4] (42. 5) 16. Vgl. Gai. 23 (24?) eod. 13.

[5] Zur Lesung des korrumpierten Texts vgl. Krüger, krit. Versuche (1870), 134 f., daselbst auch über den Widerspruch mit Theophil. III, 12 pr. Völlige Gewißheit über die Fristen wird sich bei dem Zustand des C. Ver. nicht erlangen lassen: liest ja fast jeder Herausgeber den Text anders.

[6] Cic. pro Quinctio c. 8 § 30. Vgl. C. (7. 72) 9 i. f.: tempore transacto.

[7] Cf. l. Rubria c. 22 i. f., tab. Heracl. lin. 117, Charis. instit. gramm. II, 15 (Keil I, 235).

[8] Ulp. 62 (50. 16) 54, Paul. lib. 16 breu. ed. eod. 55. Vgl. (42. 4) 6 pr., 7 § 14.

[9] Lex bonorum uendendorum: Theophil. III, 12 pr.

[10] Eine sehr abweichende Ordnung findet man bei Rudorff, der in seinem EP hier den Faden verloren hat: die Hauptursache der daselbst herrschenden Verwirrung liegt darin, daß R. einerseits fast sämtliche von der actio Rutiliana und Seruiana handelnde Fragmente übersehen hat, andererseits ein Fragment aus Ulp. 65 — fr. 2 (42. 7) —, das vom curator bonorum handelt, irrig für interpoliert und ursprünglich vom magister handelnd hält.

[11] Hierher noch Ulp. 62 (42. 5) 15.

(XV) possideri et proscribi" festsetzte, ein Erfordernis von dessen Einhaltung die Zulässigkeit des weitern Verfahrens abhing,[1] so verlangte jener Fall besondere Berücksichtigung, die ihm nach Paul. 59 (42. 5) 12 § 2 und Gai. 23 (24?) eod. 13 denn auch zuteil geworden zu sein scheint.[2]

Wenn der Magister auch nicht allgemeine Verwaltungsbefugnis hatte,[3] so stand ihm doch vielleicht nicht nur das Recht zu, das Vermögen im ganzen zu verkaufen, sondern bei Gefahr im Verzug und sonst im Fall der Not auch das, einzelne Sachen zu veräußern.[4] Alsdann hatte er auch wohl die Zahlung des Preises zu betreiben und war dafür den Gläubigern verantwortlich. Vielleicht ist dies die Beziehung folgender Stellen. Paul. 59 (50. 16) 57 § 1 definiert unmittelbar hinter „magister" das Wort „persequi":

> Persequi uidetur et qui satis accepit.[5]

Und Ulp. 62 (17. 1) 44:

> Dolus est, si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis nolit quod exegerit soluere.

Doch ist diese Vermutung (wie jede andre)[6] über die Bedeutung der beiden Stellen durchaus unsicher.

Bei der Auswahl unter den auftretenden Bietern war der magister nicht völlig frei, vgl. Gai. 24 h. t. 16:

> Cum bona ueneunt debitoris, in comparatione extranei et eius, qui creditor cognatusue sit, potior habetur creditor cognatusue, magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debebitur.[7]

Vermutlich waren die hier angegebenen Vorzugsgründe nicht die einzigen und ist es daher hierher zu deuten, wenn Ulp. 62 (1. 9) 1 berichtet, daß ein uir consularis und ein uir praefectorius einer femina consularis „vorzuziehen" sei. Unter den Verwandten wiederum mögen die liberi den entferntern vorgezogen worden sein: hierher könnte es gehören, wenn Ulp. 62 (50. 16) 56 § 1 bemerkt, daß mit dem Wort liberi nicht nur die (als bonorum emptores nicht in Betracht kommenden) gewaltunterworfenen Deszendenten,

[1] Cic. pro Quinctio c. 23 i. A.: etenim si ex edicto possedisti, quaero, cur bona non uenierint . . .

[2] Und zwar im Edikt, vgl. fr. 12 § 2 i. f.: recte dicitur non esse quod possideatur. Letzteres scheint die ediktale Wendung gewesen zu sein. Auch für die Nebenfolgen, die das bona possessa proscripta esse nach sich zog — Infamie (tab. Heracl. lin. 115 f.), erschwerte Defension (Gai. IV, 102) —, mußte der im Text berührte Punkt in Betracht kommen.

[3] Degenkolb, Magister u. Curator (1897) 6 f. (auch Beiträge 165 f.).

[4] Vgl. l. agraria (C. I. L., I, 75, n. 200) lin. 56: qui a magistro *emerit*. Die Stelle kann nicht von der uenditio bonorum verstanden werden. A. M. Armuzzi, arch. giur. 72, 490 f.

[5] Anders Karlowa, II, 1200. Armuzzi, l. c. 492, Ramadier, l. c. 108 f. wollen das „persequi" von der Sorge für Sicherheitsleistung seitens des bonorum emptor verstehen. Das verträgt sich offenbar schlecht mit dem „et qui satis accepit".

[6] Vgl. Ramadier, a. a. O. 105 f.

[7] Vgl. Cic. in Verr. II[1], c. 54 § 142: . . . illa consuetudo in bonis . . . uendundis omnium . . . praetorum . . ., ut optima condicione sit is, cuia res, cuium periculum.

sondern auch alle gewaltfreien, einerlei welchen Geschlechts und ob Manns- oder Weiberstammes, bezeichnet würden.

Die übrigen Kommentarfragmente lassen keinen Schluß auf weitern Ediktinhalt zu.[1]

Tit. XL

QUEMADMODUM A BONORUM EMPTORE UEL CONTRA EUM AGATUR

Ulp. 63. 64, Paul. 60. 61, Gai. 24, Iulian. 47.

§ 218. *DE RUTILIANA ACTIONE*[2]

Ulp. 63,[3] Paul. 60.[4]

Gai. IV, 35;

> . . . bonorum emptor . . . interdum[5] . . . ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset uel illi dar*i* oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur: quae species actionis appellatu*r* Rutiliana . . .

Gai. IV, 65. 68:

> Item *b*onorum emptor cum deductione agere iube*tur, id est ut* in hoc solum aduersarius eius condemnetur quod superest deducto eo, quod inuicem ei bonorum emptor defraudatoris nomin*e* debet . . . deductio uero ad condemnationem ponitur.

Der Wortlaut der Formel war nach Gai. IV, 35 bis auf die deductio genau derselbe, wie überhaupt beim alieno nomine agere (Gai. IV, 86). Ward die Tatsache der bonorum emptio oder der rechtsgültigen bonorum emptio beklagterseits bestritten, so wird darüber je nach Umständen entweder der Prätor selbst kognosziert oder eine der exceptio procuratoria mangels Vollmacht entsprechende exceptio erteilt haben. Die Deduktionsklausel selbst ist nicht sicher herzustellen,[6] da wir nicht wissen, wieviel von dem

[1] Paul. 59 (50. 16) 53: Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis etc. (Possessa proscripta? genügt possessio ohne proscriptio? genügt proscriptio ohne possessio, wo letztere möglich ist?). Paul. 59 (29. 2) 19: für diese Stelle weiß ich keinen Bezug; vielleicht ist die Inskription falsch — Paul. 59 statt 58 — und gehört das Fragment in das Gebiet des beneficium abstinendi. Ulp. 62 (2. 12) 5: die Beziehung erhellt aus Theophil. III, 12 pr., wonach die Gläubiger jeden neuen Schritt des Verfahrens durch eine aditio praetoris einleiten mußten. Endlich Ulp. 62 (50. 17) 143.

[2] Vgl. Lenel, SZ 4, 116ff.

[3] (15. 1) 44, (16. 2) 10, (39. 2) 23, (40. 5) 7, (42. 1) 16.

[4] (16. 3) 21, (17. 2) 28, (29. 4) 24, (35. 2) 45, (40. 5) 6, (42. 1) 25. (15. 1) 46 ist fälschlich Paul. 60 statt 62 inskribiert; schon fr. 45 trägt die Inskr. Paul. 61.

[5] i. e. si uiui bona ueneant.

[6] Versuche dazu bei Scheurl, Beiträge I,

Bericht des Gaius Reproduktion des Formelinhalts ist. Das Wort deducto, das dem cum deductione agere den Namen gab, gehört gewiß der Formel an;[1] in welcher Gestalt aber weiterhin die Gegenforderung des Beklagten ausgedrückt war, ob in allgemeinen oder spezialisierenden Worten, ob mit Zusatz der Worte „praesens in diemue" — Gai. IV, 67 — oder ohne solchen Zusatz, muß dahingestellt bleiben. Nur soviel kann noch bestimmt behauptet werden, daß, wo eine Gegenforderung diuersae qualitatis deduziert werden sollte, diese in der Formel durch den Beisatz „quanti id erit" in eine Geldforderung verwandelt wurde,[2] Gai. IV, 66:

> si . . . pecuniam petat bonorum emptor et inuicem frumentum aut uinum is debeat, deduct*o* quanti id erit, in reliquum experitur.

Jedenfalls wurde die Deduktionsklausel nur auf Antrag des Beklagten eingerückt.[3]

Gaius handelt bloß von der Formel, mittels deren der bonorum emptor selber klagt, nicht von derjenigen, mittels deren er verklagt wird. Ohne Zweifel trat aber auch hier die Rutilianische Umstellung ein, und die bloße Ratenhaftung des bonorum emptor kam in einem Zusatz zur condemnatio (Rudorff: *pro portione qua bona uenierunt,* — im konkreten Fall war natürlich der Bruchteil bezeichnet) zum Ausdruck.

Mit der Rutiliana actio beschäftigen sich eine große Anzahl von Fragmenten aus Ulp. 63 und Paul. 60, die ich, um den Beweis für die Stellung der Rutiliana im System zu führen, einzeln vornehmen muß.

Auf das agere cum deductione beziehen sich deutlich Ulp. 63 (16. 2) 10,[4] Paul. 60 (17. 2) 28, (35. 2) 45 cf. Gai. IV, 67.

Die Ansprüche der Gläubiger wider den bonorum emptor betreffen: Ulp. 63 (39. 2) 23,[5] (40. 5) 7 — dazu Paul. 60 eod. 6.

Der Besprechung der naheliegenden Frage, ob ein dem Kridar zuständig gewesenes beneficium competentiae auch dem bonorum emptor zustehe, gehören an: Ulp. 63 (42. 1) 16, Paul. 60 eod. 25.[6]

Von der Natur der im Konkurs stattfindenden Doppelhaftung — zivile des Kridars, prätorische des bonorum emptor —, speziell davon, in welchen

155, Dernburg, Compensation (2. Aufl.) 42 n. 1, Rudorff, RG II, 303, EP § 220, Huschke, iurispr. anteiust. zu Gai. IV, 66.

[1] S. auch Eisele, die Compensation (1876) 49.

[2] Vgl. Eisele, a. a. O. 50. Der Beisatz kann auch als ständiger gedacht werden: eo quod . . . debet quantiue id erit.

[3] Vgl. Ulp. 62 (16. 2) 10 § 2. 3: „*deductionem* opponere potest", „poterit obici *deductio*". Vgl. n. 4.

[4] In § 1-3 der Stelle ist compensare für deducere interpoliert; im pr. dagegen steht das ipso iure compensatione facta gerade im Gegensatz zur deductio.

[5] nisi in solidum fuerit cautum, mittetur in possessionem.

[6] Rudorff, EP § 212 (ebenso Bruns, fontes ed. IV, 178, s. auch Karlowa, RG II, 1410 f.) fügt auf Grund dieser Stellen ein besonderes Edikt ein „qui in id quod facere possunt conueniantur", eine Annahme, die schon durch den Wortlaut der von ihm zitierten Stelle Ulpians („et quidem sunt hi fere") als irrig erwiesen wird. Das beneficium competentiae beruhte in der Mehrzahl seiner Anwendungen nicht auf Edikt, sondern auf Praxis und Reskripten. (23. 3) 84, (24. 3) 12, 17 § 2 sol., (42. 1) 20, 41 § 2. Die wirklich hierhergehörigen Edikte aber stehen an anderm Ort, vgl. §§ 104, 109, 221.

Fällen ungeachtet der stattgehabten bonorum uenditio immer noch der Kridar belangt werden muß, handeln, in Anlehnung an den Fall der Doppelhaftung des Gewalthabers und Haussohns: Ulp. 63 (15. 1) 44, Paul. 60 (16. 3) 21.

Endlich Paul. 60 (29. 4) 24 wird eine analoge Erörterung zu der Frage enthalten, ob und in welchem Umfang eine dolose Intestaterbantretung des Kridars den Legataren actio wider den bonorum emptor verschaffe.

§ 219. *DE PRIUILEGIARIIS CREDITORIBUS*

Ulp. 63,[1] Paul. 60,[2] breu. 16,[3] Gai. 24.[4]

Die privilegierten Gläubiger sind von dem bonorum emptor voll zu befriedigen,[5] — anderweite Bestimmung der lex bonorum uendendorum, wie solche bei Insuffizienz der Aktiva sich notwendig erweisen mußte, natürlich vorbehalten. Als privilegierte Forderungen werden in den Kommentaren folgende aufgezählt.

1. Der Anspruch auf Ersatz der Bestattungskosten. Ulp. 63 (42. 5) 17 pr. vgl. Paul. sent. I, 21 § 15.

2. Die Forderung der Ehefrau auf Rückgabe der dos. Ulp. 63 eod. 17 § 1, 19 pr., (23. 3) 3, Paul. 60 (23. 3) 2, (42. 5) 18.

3. Die Forderungen Bevormundeter gegen Vormund und Protutor. Ulp. 63 eod. 19 § 1, 22, 24 pr., Paul. 60 eod. 20, 23, Gai. 24 eod. 21, Paul. sent. (27. 10) 15 § 1.

4. Creditor qui ob restitutionem aedificiorum crediderit. Ulp. 63 eod. 24 § 1, (20. 1) 20.

5. Qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt: Ulp. 63 eod. 24 § 2 (steht den andern Privilegien nach).

6. Creditores quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit. Ulp. 63 eod. 24 § 3, Paul. 16 breu. (50. 17) 148.

7. Qui in nauem exstruendam uel instruendam credidit [uel etiam emendam].[6] Paul. 16 breu. (42. 5) 26.

8. Forderungen des Fiskus. Ulp. 63 (49. 14) 6. Dazu treten:

9. Die der Stadtgemeinden. Paul. sent. (42. 5) 38 § 1.

Unter den hier aufgeführten Privilegien beruht eines — das der Bevormundeten[7] — nachweisbar auf dem Edikt, vgl. Paul. sent. (27. 10) 15 § 1:

> In bonis curatoris priuilegium furiosi furiosaeue seruatur . prodigus et omnes omnino, etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto[8] priuilegium consequuntur.

[1] (20. 1) 20, (23. 3) 3, (42. 5) 17, 19, 22, 24, (49. 14) 6.

[2] (23. 3) 2, (42. 5) 18, 20, 23.

[3] (42. 5) 26, (50. 17) 148.

[4] (42. 5) 21.

[5] A. M. Naber (obs. 78), Mnem. 25, 283f. Das von ihm vermutete Verfahren scheint mir praktisch kaum durchführbar.

[6] Pringsheim, Kf. m. fr. Gelde 149.

[7] Vgl. hierzu Peters, SZ 32, 193[1].

[8] D. h. kraft der vom Prätor zu dekretierenden Fassung der lex bonorum uendendorum. Vgl. hierzu aber noch Solazzi, st. sul concorso (in St. Pav.) 1925, 44.

Da das Privileg der Leichenkosten und der Dotalforderung in den Kommentaren noch vor dem der Bevormundeten erörtert ist, so dürften auch diese beiden Privilegien ediktalen Ursprungs sein. Ein Gleiches ist nach Plin. epist. X, 108 [109], 109 [110] auch hinsichtlich des Privilegs der Stadtgemeinden nicht unwahrscheinlich: Plinius berichtet daselbst an Trajan, es sei den bithynischen und pontischen Gemeinden „a plerisque proconsulibus concessam . . . protopraxian". Ferner scheint der unter Ziff. 6 erwähnte Vorzug auf Ediktworten zu beruhen, die Ulpian in fr. 24 § 3 kommentiert. Dagegen ist die Quelle des Privilegs Ziff. 4 nach Ulpian eine Konstitution M. Aurels,[1] die des Privilegs Ziff. 5 wohl nur die Praxis (placuit); über den Ursprung der Privilegien Ziff. 7. 8 endlich lassen uns die Juristen ohne Andeutung.

§ 220. *QUOD POSTEA CONTRACTUM ERIT, QUAM IS, CUIUS BONA UENIERINT, CONSILIUM FRAUDANDORUM CREDITORUM CEPERIT*

Ulp. 64.[2]

Ulp. 64 h. t. 25:

> Ait praetor: QUOD POSTEA CONTRACTUM ERIT, QUAM IS, CUIUS BONA UENIERINT, CONSILIUM *FRAUDANDORUM CREDITORUM* CEPERIT,[3] FRAUDARE SCIENTE EO QUI CONTRAXERIT,[4] NE ACTIO EO NOMINE DETUR.

Ne actio eo nomine detur: scil. aduersus bonorum emptorem. Über die Art der Ausführung des Edikts belehrt uns (12. 2) 9 § 5:

> . . . aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

§ 221. *DE ACTIONIBUS, QUAE EX ANTE GESTO ADUERSUS FRAUDATOREM COMPETUNT*

Ulp. 64,[5] Paul. 61 (?)[6]

Die vollzogene bonorum uenditio hat für den Gemeinschuldner die Wirkung, daß ihm nunmehr alle Aktionen aus ihr vorausgehenden Verhältnissen (ex ante gesto) versagt werden,[7] was vielleicht im Edikt ausdrücklich ausgesprochen war. Umgekehrt ist er selbst gegen Klagen ex ante gesto nicht geschützt,[8] es müßte denn die bonorum uenditio durch eine capitis deminutio magna, die jene Ansprüche vernichtete, veranlaßt worden sein.[9] Denn, wenn es als Privileg des Schuldners, der sich zur bonorum

[1] S. jedoch Karlowa, RG II, 1415.

[2] (42. 5) 25, (26. 9) 4.

[3] So nach Mommsens gewiß richtiger Vermutung statt des consilium receperit (F. C. CEPERIT = RECEPERIT) des Flor. Vgl. Prob. 5, 13: F. C. = fraudare creditores.

[4] Ulp. 64 (26. 9) 4.

[5] (42. 3) 6.

[6] (15. 1) 45: der Kridar haftet, trotzdem er sein Aktivvermögen verloren hat.

[7] (38. 1) 40, (42. 7) 4.

[8] A. M.: Bethmann-Hollweg, CP II, 686, Huschke, Z. f. CRt. u. Pr. N. F. 14, 44f.

[9] Arg. (48. 23) 3.

cessio entschließt, hervorgehoben wird, daß er ex ante gesto nur in quantum facere potest belangt werden könne,[1] wenn ferner bei neu erworbenem Vermögen eine zweite bonorum uenditio gegen den fraudator erwirkt werden kann,[2] so ist der Schluß auf fortdauernde Klagbarkeit der Schulden ex ante gesto ganz unvermeidlich. Die gegenteilige Ansicht beruht lediglich auf Mißverständnis des fr. ult. § ult. (42. 8). Dort heißt es von einer wegen alienatio in fraudem creditorum zuständigen actio, Mela sei der Ansicht gewesen, dieselbe sei nur gegen Dritte, nicht gegen den fraudator selbst zu gewähren: „quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum uenditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent." Der Schein des Widerspruchs mit unserer obigen Behauptung schwindet sofort, wenn man sich des Satzes erinnert: nullam uidetur actionem habere, cui propter inopiam aduersarii inanis actio est.[3] Mela will die actio versagen, weil sie doch ohne Erfolg sein würde,[4] und gerade weil Mela seine Ansicht so motivierte, motiviert Venuleius, der Verfasser der Stelle, seine gegenteilige Ansicht mit den Worten: praetor non tam emolumentum actionis intueri uidetur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam.[5]

War die actio ex ante gesto wider den fraudator nicht ausgeschlossen, so war dagegen dessen Haftung allerdings beschränkt: der Prätor gewährte ihm eine Erholungsfrist, indem er im ersten Jahr nach der bonorum uenditio die Klage wider ihn ex ante gesto nur in quantum facere potest doloue malo fecit quo minus posset zuließ.[6] Dies ist der Inhalt des Edikts, das wir aus c. ult. (7. 75) — Diocl. et Max. — kennenlernen:

> Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis aduersus fraudatorem intra annum in quantum facere potest uel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem permitti.

Pessime uidetur cantare haec lex, sagt die Glosse, und in der Tat ist nicht nur von den zahlreichen Auslegungen, die das Gesetz gefunden hat,[7] keine einzige akzeptabel, sondern nach dem Titel zu urteilen, unter den die Kompilatoren des Codex dasselbe gestellt haben, haben schon diese

[1] I. (4. 6) 40, D. (42. 3) 4 pr. § 1, C. (7. 72) 3.

[2] Gai. II, 155, (42. 3) 7. Letztere Stelle bezieht Zanzucchi, bull. 29, 102³, nur auf den Fall der cessio bonorum.

[3] (4. 3) 6.

[4] Solazzi, revoca degli atti fraud. (1902) 155 f., bullett. 15, 135, meint, ich schreibe dem Mela eine absurde Äußerung zu, wenn ich ihn die Gewährung einer actio, der er den Effekt abspreche, zugleich als unbillig bezeichnen lasse. Ich kann das nicht zugeben. Effektlos ist die actio, weil der Schuldner nichts hat, und unbillig konnte ihre Gewährung scheinen, weil er durch sie der Gefahr der ductio ausgesetzt wird.

[5] D. h. die Schuldhaft, s. Bethmann-Hollweg, CP II, 686.

[6] Dadurch war die Schuldhaft ausgeschlossen; die oben zitierte Äußerung des Venuleius behauptet daher implicite die Unanwendbarkeit unseres Edikts auf die Klage wegen alienatio in fraudem creditorum.

[7] Vgl. die Glosse, sodann Iac. Constantinaeus in Otto, thes. IV, 608 f., wo eine Reihe von Auslegungsversuchen zusammengestellt ist, aus neuerer Zeit: Huschke, Z. f. CRt. u. Pr. N. F. 14, 44 f., Solazzi, revoca 151 ff., welch letzterer die Stelle durch Annahme einer Interpolation aus dem Wege räumt.

selbst es nicht verstanden. Die wahrscheinlichste Deutung scheint mir folgende. Die Implorantin — Menandra — hatte eine sichere Forderung besessen, sei es eine privilegierte Forderung (etwa wegen ihrer dos) gegen den fraudator selbst, sei es eine Forderung wider einen Dritten.[1] Sie hatte sich beschwatzen lassen, diese durch Novation in eine gewöhnliche Stipulationsforderung gegen den fraudator zu verwandeln: actu solemni praecedentem[2] obligationem peremit. Nach vollzogener bonorum uenditio suchte sie Hilfe bei den Kaisern und richtete wahrscheinlich die doppelte Anfrage an sie, ob ihr nicht gegen den bonorum emptor zu helfen sei und ob sie nicht den Kridar sofort in Schuldhaft nehmen könne. Die Kaiser erwidern: wenn du deine frühere Forderung aufgegeben hast, so steht dir wegen deines Ausfalls nach dem Edikt derzeit (intra annum) kein anderes Recht zu, als wider den Kridar in quantum facere potest zu klagen.

Ist vorstehende Auslegung richtig, so ersehen wir daraus, daß nicht bloß der bonis zedierende Kridar ein beneficium competentiae genoß: der Vorteil, den die cessio bonorum gewährte, war nur der, daß sie dem Wahlrecht der Gläubiger zwischen Personal- und Vermögensexekution sofort ein Ende machte, und ferner, daß das beneficium competentiae hier ein dauerndes war. Eine Bestätigung dafür, daß es nicht überhaupt auf den Fall der cessio bonorum beschränkt war, gibt, was Paulus in fr. 51 pr. (42. 1) berichtet:

> Si quis dolo fecerit, ut bona eius uenirent, in solidum tenetur.

Denn hiernach war das Benefiz nur dem betrügerischen Bankrotteur entzogen.

Der Ort unseres Edikts im System des Albums ist ungewiß. Für die von mir gewählte Stelle spricht außer innern Gründen der Umstand, daß Ulp. 64 (42. 3) 6 die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen wider denjenigen, qui bonis cessit, eine zweite bonorum uenditio erwirkt werden könne. Der enge Zusammenhang dieser Frage mit der Lehre von den Aktionen ex ante gesto liegt auf der Hand.

§ 222. *DE SERUIANA ACTIONE*

Ulp. 64,[3] Paul. 62(?),[4] Iulian. 47.[5]

Gai. IV, 35:

> . . . bonorum emptor ficto se herede agit . . . species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor *agit*, Seruiana (*uocatur*).

Die actio Seruiana war die Form der Klage für und wider den bonorum

[1] So Karlowa, RG II, 1412f. Vgl. (24. 3) 22 § 2.

[2] Die 1. Aufl. will aus dem Wort „praecedens" folgern, daß die Forderung eine privilegierte gewesen sei, arg. (11. 7) 45. Das Wort bezeichnet aber gewiß hier nur die novierte Obligation als solche, vgl. z. B. C. (4. 2) 6 § 1, D. (46. 2) 1 pr.

[3] (16. 2) 12, (34. 3) 15, (38. 1) 29.

[4] (33. 1) 4, (35. 1) 65, cf. Paling. I, 1079 n. 2.

[5] (46. 1) 14, vgl. Lenel, SZ 8, 202f.

emptor, wenn der Konkurs de bonis mortui stattgefunden hatte. Auch hier galt (Gai. IV, 65 ff.):

*b*onorum emptor cum deductione agere iube*tur*.

Im übrigen war die Formel mit der für und wider den bonorum possessor identisch (vgl. § 67) und bedarf daher keiner weitern Erörterung. Die Bestreitung der Tatsache rechtsgültiger bonorum emptio nahm auch hier Exzeptionsgestalt an.

Unter den S. 432 n. 3. 4 angeführten Stellen bezieht sich fr. 12 (16. 2) wieder auf das agere cum deductione.[1] Besonders interessant ist fr. 15 (34. 3.) Dieses von den Kompilatoren arg verunstaltete Fragment bezog sich an seinem ursprünglichen Orte auf die Frage, ob der bonorum emptor eine im Erbweg an den Verstorbenen gekommene Forderung, deren Geltendmachung diesem aber durch Damnationslegat untersagt war, verfolgen könne. Die Antwort lautet verneinend: nam neque heredis h e r e s agere potest: eine augenscheinliche Anspielung auf die Fiktion „si heres esset". Ganz denselben Hintergrund hat auch fr. 29 (38. 1): wenn hier entschieden ist, daß das begonnene iudicium de operis nach dem Tode des Patrons auf einen heres extraneus nicht transferiert werde, so folgt daraus (was die Kompilatoren gestrichen haben), daß auch der als heres fingierte bonorum emptor die Translation nicht beanspruchen kann.[2]

§ 223. DE SEPARATIONIBUS[3]

Ulp. 64,[4] Paul. 62 (?),[5] Iulian. 47.[6]

Gordian. C. (7. 72) 2:

> Est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitatisque remedium edicto praetoris creditoribus[7] hereditariis demonstratum, ut quotiens separationem bonorum postulant, causa cognita[8] impetrent.

Ulp. 64 h. t. 1 § 18:

> Item sciendum est necessarium heredem seruum cum libertate institutum impetrare posse separationem.[9]

Der Wortlaut des Edikts ist nicht zu rekonstruieren.[10]

[1] Die Lehre von der Deduktion wurde hier schwerlich zum zweiten Male mit Ausführlichkeit erörtert. Immerhin machte der Umstand, daß es sich hier um deductio eius, quod defuncti nomine debetur, handelte, erneuerte Betrachtung notwendig.

[2] Vgl. auch (31) 69 § 1, Papin. nr. 282.

[3] D. (42. 6), vgl. C. (7. 72).

[4] h. t. 1, (14. 6) 2 cf. h. t. 1 § 9.

[5] (50. 17) 144, 146, (2. 14) 9, (45. 1) 78 pr. Oder zu § 224 gehörig?

[6] h. t. 6, falsch Iulian. 46 inskribiert.

[7] Ausdehnung auf die Legatare kraft aequitas: Iulian. 47 h. t. 6 pr.

[8] Praetoris erit uel praesidis notio: Ulp. 64 h. t. 1 § 14.

[9] Vgl. Gai. II, 155.

[10] F e r r i n i, bull. 13, 33 ff., vermutet, unser Edikt habe sich nur auf den Fall testamentarischer Beerbung bezogen, während der Fall der Intestatbeerbung im Edikt des § 211 Berücksichtigung gefunden habe. Sicher ist, daß in den Kommentaren zum Edikt de separationibus kein Fall von Intestatbeerbung vorkommt, und verdächtig, daß in dem interpolierten Stück von fr. 1 § 17 h. t. dem vorhergenannten „testator" ein „defunctus" substituiert wird. Dennoch (mit

Tit. XLI

DE CURATORE BONIS DANDO[1]

Ulp. 65. 66, Paul. 62, Gai. 24, Iulian. 47.

§ 224. *DE CONSTITUENDO CURATORE ET ADMINISTRATIONE EIUS*

Ulp. 65,[2] Gai. 24,[3] Iulian. 47.[4]

Ganz am Schlusse des Konkursrechts steht als eine Art Anhang im Album, wie in den Digesten, der Titel de curatore bonis dando.[5] Dabei ist gar nicht oder mindestens nicht vorzugsweise an den zur Verhütung der bonorum uenditio durch Senatuskonsult eingeführten curator bonis distrahendis zu denken,[6] sondern an den wahrscheinlich schon im ältesten Edikt über den Konkurs vorgesehenen curator, dessen Vorkommen in republikanischer Zeit durch die Erwähnung in der lex agraria a. u. c. 643 lin. 56 erwiesen wird:

> quei ab bonorum emptore magistro curato*reue emerit* . . .

Was nun den Inhalt unseres Edikts anlangt, so wissen wir nicht, ob der Prätor die Voraussetzungen, unter denen er einen curator ernennen werde,[7] darin namhaft gemacht oder ob er nur kurz die Ernennung eines solchen causa cognita versprochen hat. Die Mitwirkung der Gläubiger bei der Ernennung[8] scheint auf bloßer Praxis beruht zu haben, Ulp. 65 h. t. 2 pr.:

> De curatore constituendo hoc iure utimur, ut praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum, uel praeses prouinciae, si bona distrahenda in prouincia sunt.

Ganz wie ein an Ediktwortlaut angelehnter Bericht sieht dagegen aus, was Ulp. 65 h. t. 2 § 1 über die rechtliche Stellung des Kurators mitteilt:

> Quaeque per eum eosue, qui ita creatus creatiue essent, acta facta gestaque[9] sunt, rata habebuntur: eisque actiones et in eos utiles

beachtenswerten Gründen) gegen Ferrini: Solazzi, bull. 13, 260f. Auf die sonstigen Streitfragen über das Recht der separatio bonorum einzugehen — vgl. die neuere Literatur bei Baviera, il comm. separ. (1901) S. IXf. —, ist hier nicht der Ort.

[1] D. (42. 7). Vgl. Degenkolb, Magister u. Curator (1897), auch in dessen Beitr. z. ZPr. (1905) 159ff., Armuzzi, arch. giur. 72, 496ff.

[2] h. t. 2, (3. 3) 55, (40. 4) 32, (40. 5) 3, (41. 1) 46.

[3] (50. 16) 58 pr. cf. h. t. 2 § 1.

[4] h. t. 5.

[5] Unrichtig eingeordnet ist diese Rubrik bei Rudorff, EP § 210. In der Hauptstelle — h. t. 2 — hält dieser den „curator“ für eine Interpolation statt „magister“! Vgl. EP § 217.

[6] Vgl. h. t. 2 § 1: cuius bona ueneant.

[7] (42. 5) 22 § 1, (4. 6) 15 pr., (26. 1) 6 § 4, (42. 4) 6 § 2; (50. 4) 1 § 4, (42. 7) 1 § 1, (28. 5) 23 § 2. 3, (42. 4) 8, (2. 12) 2; (42. 5) 14 pr.

[8] Gab es auch gewählte Kuratoren? Vgl. Degenkolb, a. a. O. 18f.

[9] Gai. 24 (50. 16) 58 pr.

[competunt] ⟨dantur⟩: et si quem curatores mitterent ad agendum uel defendendum, uti ius esset: nec ab eo satis, neque de rato neque iudicatum solui, nomine eius, cuius bona ueneant, exigetur, sed nomine ipsius curatoris, qui eum misit.

Offenbar ähnelt die juristische Stellung eines solchen Kurators gar sehr der eines cognitor in rem suam, daher Ulp. 65 (3. 3) 55 diesen vergleichend heranzieht. Auf die Veräußerungsbefugnis des Kurators bezieht sich Ulp. 65 (41. 1) 46; auf die utiles actiones vergleichsweise Ulp. 65 (40. 5) 3. Diese letztern entsprachen ohne Zweifel denen des bonorum emptor: sie waren je nach Umständen mit Fiktion oder Umstellung formuliert, und die Legitimation des klagenden Kurators konnte nur durch exceptio curatoria zur Kognition des Judex gebracht werden.

§ 225. *QUAE FRAUDATIONIS CAUSA GESTA ERUNT*[1]

Ulp. 66,[2] Paul. 62,[3] Gai. 24,[4] Iulian. 47.[5]

Ulp. 66 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: QUAE FRAUDATIONIS CAUSA GESTA ERUNT[6] CUM EO, QUI FRAUDEM NON IGNORAUERIT,[7] DE HIS CURATORI BONORUM UEL EI, CUI DE EA RE ACTIONEM DARE OPORTEBIT, INTRA ANNUM, QUO EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT,[8] ACTIONEM DABO . IDQUE ETIAM ADUERSUS IPSUM, QUI FRAUDEM FECIT, SERUABO.

[1] D. (42. 8), C. (7. 75). Vgl. zu diesem Paragraphen meine Abh. in der Festg. für A.S. Schultze (1903) 1 ff., und gegen mich wieder Solazzi, bull. 15, 127 ff. Solazzis Kritik hat mich veranlaßt, die in jener Abh. gewonnenen Ergebnisse in einigen Punkten zu modifizieren; in der Hauptsache halte ich noch heute daran fest. Auf die ungeheuere Literatur der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium einzugehen, ist an dieser Stelle nicht möglich. Vgl. das Verzeichnis bei v. Schey, ZRG 13, 120 n. 1, und weiter Dernburg, Pand. II, § 144, E. Serafini, della revoca degli atti fraud. 1887–1889, Brezzo, la rev. d. atti fraud. 1892, Solazzi, la rev. de atti fraud. 1902, Karlowa, RG II, 1400 f., Girard, manuel (6. éd.) 432 ff., Biondi, studi 172 u. die daselbst (173[1]) Angef.

[2] h. t. 1, 3, 6, (37. 15) 9 cf. eod. 5 i. f., (50. 17) 145 = h. t. 6 § 9.

[3] h. t. 7, 9, (17. 2) 74 vgl. unten S. 438 n. 4, (15. 1) 46 — falsch Paul. 60 inskribiert, cf. Paling. Paul. nr. 739; (45. 1) 78 § 1 cf. Paul. nr. 743.

[4] (50. 16) 58 § 1 cf. Ulp. 66 (37. 15) 9, (50. 17) 147 cf. Paul. 62 (15. 1) 46.

[5] (39. 6) 17.

[6] Ulp. 66 h. t. 1 § 1. 2, 3, 6 pr.–§ 7.

[7] Ulp. 66 h. t. 6 § 8–13.

[8] Ulp. 66 h. t. 6 § 14: ex die factae uenditionis. Vgl. dazu meine angef. Abh. 14. Daß der Anfangspunkt der Frist sowohl für das Rechtsmittel aus fr. 1 pr. h. t. wie auch für das interdictum fraudatorium (§ 268) der dies uenditionis bonorum war, beweisen außer fr. 6 § 14 und fr. 10 § 18 h. t. auch C. h. t. 1, 2 und namentlich 5 (Solazzi, revoca 98 f.), desgleichen fr. 10 § 9. 10. 11 h. t. Für die Annahme von Interpolationen spricht keinerlei triftiger Grund (nicht triftig scheinen mir insbesondere auch die Ausführungen Solazzis, revoca 199 f., bull. 15, 148 n. 1 und Beselers, SZ 46, 128). Gegenüber den obigen Zeugnissen kann nicht ins Gewicht fallen, daß es in § 6 I. (4. 6) „bonis possessis" statt des zu erwartenden „uenditis" heißt, — es kam hier nicht auf die genaue Bestimmung des Zeitpunktes der Klage an. Noch viel weniger fr. 9 h. t., wo die „bona possessa" als Zeitpunkt der alienatio, nicht der Klage genannt sind. Wirkliche Schwierigkeit machen nur zwei auf das interd. fraud. bezügliche Stellen, die beide eine actio vor erfolgter bonorum uenditio bekunden: Cic. ad Att. I, 1 § 3 und fr. 8 h. t. Die wahrscheinlichste Lösung des Widerspruchs ist mir, daß zwar regelmäßig actio

Das vorstehende Edikt zeigt unverkennbare Spuren der Interpolation. Unmöglich kann der Prätor die Person dessen, dem er die actio gewähren wolle, so unbestimmt bezeichnet haben: curatori uel ei cui de ea re actionem dare (sic!) oportebit. Die gleiche Interpolation wiederholt sich in fr. 7 h. t. (Paulus hat sicherlich hier nicht geschrieben: hi quibus de reuocando eo actio datur) und kehrt in besonders abschreckender Form auch bei dem interdictum fraudatorium (unten § 268) wieder (fr. 10 pr. h. t.: si actio ei ex edicto meo competere esseue oportet). Unmöglich kann ferner der Prätor auf ein „actionem dabo" den Satz haben folgen lassen: idque etiam aduersus ipsum qui fraudem fecit seruabo. Idque! Soll dies „idque" etwa auf das „actionem dabo" zurückweisen? Aber wenn der Prätor die im Digestentext erwähnte actio auch wider den fraudator selbst hätte gewähren wollen, so würde er dies gewiß mit ausdrücklichen Worten gesagt, auch deshalb schwerlich einen besonderen Satz hinzugefügt, sondern gleich im ersten Satz erklärt haben: et in eum et in fraudatorem actionem dabo. Endlich sind die Worte „actionem dabo" selbst (statt „iudicium dabo") durchaus dem Stil des Prätors entgegen,[1] und gerade diese letzte Interpolation gibt m. E. den Schlüssel für die Lösung aller Rätsel unseres Edikts. Das Originaledikt hat überhaupt keine actio verheißen.[2] Zu dieser Vermutung stimmt durchaus Ulpians Kommentar. Jedem, der dessen auf das Edikt bezüglichen Abschnitt liest, muß es auffallen, daß hier nirgends von der Zuständigkeit einer actio, sondern lediglich von der Anwendbarkeit des „Edikts" die Rede ist.[3] „Edictum locum habere", „ad hoc edictum pertinet", „pertinet edictum ad eos", „cessare hoc edictum", das sind die Wendungen, deren sich der Jurist in fr. 3 und 6 pr.–§ 10 bedient. Von einer „actio" ist erst in fr. 6 § 11–13 die Rede; aber diese Paragraphen erläutern nicht mehr das Edikt; sie erörtern im Edikt nicht vorgesehene Fälle, — die hier erwähnte actio ist die gegen den redlichen Erwerber, während das Edikt nur den im Auge hat „qui fraudem non ignorauit".

Was verhieß nun das Edikt, wenn es keine actio war? M. E. liegt die Antwort in einem andern scheinbaren Problem dieser Lehre verborgen, der actio rescissoria des § 6 I. (4. 6): an Stelle des „actionem dabo" der Kompilatoren ist die Verheißung einer Restitution zu setzen.[4] Die Kompilatoren haben den Text verändert, weil sie, wie wir in § 268 sehen werden,

erst bonis uenditis zugelassen wurde, weil erst jetzt die Verkürzung objektiv feststand, bei Gefahr im Verzug aber causa cognita auch schon vorher. Die Worte des Edikts standen dem nicht im Weg.

[1] Gradenwitz, Interpolationen 103ff., Lenel, SZ 9, 179f.

[2] Interpolation von „actionem" für ein originales — im Sinne der Kompilatoren völlig gleichbedeutendes — „iudicium" (so Solazzi, revoca 8f.), ist sehr unwahrscheinlich.

[3] Daß dies höchst auffallend ist, gibt auch Solazzi, bull. 15, 161, zu, hält aber die Richtigkeit seiner Auffassung unseres Edikts für so sicher, daß er darauf verzichtet, „a indicare qualsiasi spiegazione, più o meno ipotetica, di questo fatto".

[4] Vgl. meine Abh. 9ff. Auch in fr. 6 § 14 h. t. ist „actionis" interpoliert für „restitutionis".

die verschiedenen Rechtsmittel, die das klassische Recht den verkürzten Gläubigern zur Verfügung stellte, in ein einziges verschmelzen wollten. Eine Restitution war im Falle unseres Edikts durchaus an ihrem Platz, weit besser als die Verheißung einer actio. Waren doch die „gesta", worauf sich die Worte des Edikts bezogen, sehr verschiedener Art: es standen dabei keineswegs bloß Veräußerungen in Frage, sondern auch noch anderes, vgl. Ulp. h. t. 1 § 2. 3:

> late ista uerba patent . siue ergo rem alienauit siue acceptilatione uel pacto aliquem liberauit [uel ei praebuit exceptionem] siue se obligauit fraudandorum creditorum causa [siue numerauit pecuniam uel quodcunque aliud fecit][1] . . ., palam est edictum locum habere.[2]

Der Prätor hatte bei seinem Eingreifen diese verschiedenen Möglichkeiten vorzusehen. Ulpian hätte hier wiederholen können, was er in fr. 9 § 3. 4 (4. 2) in bezug auf das Edikt quod metus causa sagt:

> in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum competere et actionem, in imperfectis autem solam exceptionem . . . Uolenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione uel alia liberatione . . .

Gegen unsere Vermutung ist eingewendet worden,[3] daß dies die einzige Restitution sein würde, die der Prätor außerhalb des Titels „de i. i. r." versprochen hätte, und daß mit der Annahme einer Restitution die Entscheidung in fr. 7 h. t. unvereinbar sei, wonach der Rückgabeanspruch gegen den tertius fraudis particeps nicht bedingt sei durch Rückgabe des von ihm etwa bezahlten Preises. Diese Gegenargumente entbehren jeder Bedeutung. Systemwidrigkeiten sind im Edikt zu häufig, als daß sie irgend Bedenken erregen könnten, und ob die Restitution des von dem fraudator aufgegebenen Rechts von der Rückgabe des etwa empfangenen Äquivalents begleitet sein müsse, war eine reine Billigkeitsfrage, die man nach Umständen so oder anders (fr. 8 h. t.) entscheiden konnte.[4]

Die Annahme, daß unser Edikt eine Restitution verheißen habe, löst alle von dem Digestentext aufgegebenen Rätsel. Die Worte „uel ei cui . . . oportebit" haben die Kompilatoren hinzugefügt, um das von ihnen geschaffene neue Rechtsmittel jedem einzelnen Gläubiger zugänglich zu machen. Restitution dagegen kann einem einzelnen Gläubiger nicht verheißen und nicht gewährt worden sein. Bei ihr handelte es sich ja nicht um eine Leistung, die einem einzelnen Gläubiger gemacht werden konnte,

[1] Zu den Itp. Solazzi, revoca 25, 251, Beseler, SZ 46, 126.

[2] Daß in den hervorgehobenen Fällen eine actio nicht am Platze war, verkennt auch Solazzi nicht (revoca 25, bullett. 15, 162 n. 1). Er hilft sich teils durch Annahme von Interpolationen, teils durch Argumente, die gegenüber dem „palam est edictum locum habere" des Texts durchaus kraftlos sind.

[3] Solazzi, bull. 15, 144, Girard, mél. de dr. rom. I, 186f. (aus der Festschr. Bekker 1907).

[4] S. auch Kipp, rev. de derecho 1924, 3[2].

sondern darum, Rechte, die der fraudator aufgegeben hatte, seinen bona wieder zuzuführen. Die Rechte aber, die zu diesen bona gehörten, für sich geltend zu machen, war der einzelne Gläubiger auch sonst nicht befugt. Sollte es etwa ihm überlassen bleiben, ob er eine restituierte Vindikation nun auch zur Durchführung bringen wolle? sollte, wenn einer von vielen Gläubigern das Restitutionsbegehren erhoben und damit abgewiesen worden war, nun ein anderer auftreten und dies Begehren wiederholen dürfen? oder umgekehrt die Abweisung des einen allen schaden? Dieser Weg war offenbar nicht praktikabel. Man hätte daran denken können, dem bonorum emptor das Recht einzuräumen, die fraudulosen Akte des Gemeinschuldners anzufechten. Allein dem stand das Interesse der Gläubiger entgegen: um so unsicherer Aussichten willen hätte der Steigerer sein Gebot nicht erhöht. So blieb nur eines übrig, und dies eine hat der Prätor verfügt: die Restitution mußte der Gesamtheit der Gläubiger eröffnet werden, deren Vertreter der curator bonorum war. Ihm allein war im Originaledikt die Restitution verheißen, und darum steht es auch unter oder neben der Rubrik „de curatore bonis dando".[1]

Was erreicht nun der Kurator mit der durchgesetzten Restitution? Er erreicht — wir wollen den gewöhnlichen Fall der Eigentumsveräußerung als Beispiel nehmen —, daß die dem fraudator durch die Veräußerung verlorengegangene rei uindicatio restituiert wird, und diese Vindikation kann er kraft seines Amtes statt des fraudator geltend machen; das folgte schon aus dem Edikt des § 224, mag aber in unserm Edikt ausdrücklich wiederholt worden sein. Mit dieser uindicatio utilis kann er den Belangten zwingen, ihm den Besitz der Sache herauszugeben, wodurch er in die Lage kommt, sie im Interesse der Gläubiger zu verwerten.[2] Des zivilen Eigentums bedurfte er zu diesem Zwecke nicht; doch wird der iudex auf Verlangen den Beklagten auch zu dessen Rückübertragung angehalten haben. Man darf nicht einwenden, daß ja auf diese Weise die Gläubiger mittels der Restitution ein Recht erhalten hätten — nämlich das Eigentum —, das ihnen selbst an den unveräußert gebliebenen Sachen des Schuldners nicht zukam.[3] Das war ein Ergebnis, das, infolge der Unmöglichkeit direkter Stellvertretung, ganz ebenso unvermeidlich dann eintrat, wenn der Kurator vermöge seiner allgemeinen Befugnisse — vgl. (42. 7) 2 § 1 — irgendeinen persönlichen Anspruch des Gemeinschuldners auf Eigentumsübertragung, z. B. aus Kauf, mittels actio utilis geltend machte.[4] Der Prätor wußte durch

[1] Von selbst versteht sich, daß, wenn, wie wir annehmen, die Restitution, jedenfalls i. d. R., erst nach der bonorum uenditio erbeten werden konnte, das Amt des Kurators für diesen Zweck die letztere überdauern mußte, ja vielleicht mitunter ein Kurator gerade erst für diesen Zweck ernannt wurde. Solazzi, bullett. 15, 148 n. 1 (ebenso Kübler, mél. Gir. II, 60[2]) scheint — ich weiß nicht warum — dies für unmöglich zu halten. S. auch Kipp, a. a. O. 3.

[2] Sei es im Weg einer zweiten bon. uend., sei es auch im Weg des Einzelverkaufs.

[3] So Solazzi, bullett. 15, 148.

[4] Hierher vielleicht Paul. 62 (17. 2) 74. Die Sache liegt ebenso z. B. auch bei der actio utilis des Forderungspfandgläubigers,

die Mittel seiner iurisdictio dafür zu sorgen, daß das aus formalen Gründen dem Kurator erworbene Recht von ihm nur innerhalb der Schranken der Gläubigerbefugnisse gebraucht werden konnte.

Wie nun aber, wenn die Sachen, deren Vindikation dem Kurator restituiert worden war, sich gar nicht in dem Besitz des Erwerbers, sondern, wie dies bekanntlich gerade bei fraudulosen Veräußerungen sehr oft vorkommt, noch oder wieder in dem des fraudator selbst befanden? Nach allgemeinen Grundsätzen hätte die dem Erwerber gegenüber erlangte Restitution dem fraudator als einem Dritten gegenüber nicht gewirkt. Er hätte die Sachen als fremdes Eigentum nicht nur dem bonorum emptor, dem sie nicht mitverkauft waren, sondern auch den Gläubigern und ihrem Vertreter, dem Kurator, vorenthalten dürfen. Daher ergab sich die Notwendigkeit, die Wirkung der Restitution, die dem Erwerber als dem Eigentümer gegenüber zu erbitten war, ausdrücklich auch auf den fraudator zu erstrecken. Und dies dürfte in dem ursprünglichen Zusammenhang der Sinn des rätselhaften Satzes „idque etiam aduersus ipsum qui fraudem fecit seruabo“ gewesen sein.[1] Sie besagen, daß der fraudator die Konsequenzen des ihm ohne seinen Willen wiederverschafften Eigentums zu tragen hat. —

Wenn unser Edikt keine Aktionsverheißung enthielt, so konnten doch, wie bereits bemerkt, aus der Restitution mancherlei Aktionen erwachsen. Ihre Formeln mußten, wie bei allen restituierten Klagen reszissorisch — rescissa alienatione uel liberatione — gefaßt sein. Keine andere als diese reszissorische Formel ist, wie schon angedeutet, in dem vielbesprochenen § 6 I. (4. 6) gemeint:

> Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus[2] rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.

Theophilus (ad h. l.) gibt dieser fiktizischen actio in rem den Namen

vgl. Hellwig, Verpfänd. und Pfändung v. Forder. (1883) 178f. Man denke auch an den Fall, wo nicht die Rückgewähr aufgegebenen Eigentums, sondern eine restauratio obligationis in Frage steht (vgl. etwa h. t. 10 § 22. 23). Wie soll diese erfolgen, wenn nicht zugunsten des Kurators oder eines Gläubigers?

[1] Anders meine angef. Abh. 11f., und, ihr folgend, éd. perp. Dagegen Solazzi, bullett. 15, 137f., dessen eigene Ansicht mir freilich auch heute noch gerade so unhaltbar scheint wie früher. Wie Solazzi eine Stütze für diese seine Ansicht in fr. 12 h. t. erblicken kann (l. c. 130f., 136), eine Stelle, von der er selber sehr mit Recht nur den ersten Satz für echt erklärt (revoca 9), ist und bleibt mir ein Rätsel. Die in fr. 12 erwähnte Veräußerung ist nichtig, es bedarf also keiner Restitution zum Schutz der Gläubiger, — das ist alles, was sich aus der Stelle folgern läßt. Noch andere (beachtenswerte) Deutung der Klausel bei Kipp a. a. O.: der fraudator verliere seine Rechte aus dem reszindierten Kontrakt.

[2] Daß die actio „ipsis creditoribus“ gewährt wurde, ließ sich wohl auch sagen, wenn man sie sich durch den Kurator vertreten dachte; wahrscheinlicher aber ist mir, daß „ipsis creditoribus“ für den in der Vorlage genannten Kurator interpoliert wurde, vgl. meine angef. Abh. 9f.

„Pauliana“, ein Namen, dem wir in den Digesten nur bei Paul. fr. 38 § 4 (22. 1) begegnen:[1]

> In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, reuocantur, fructus restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset. quod non est iniquum: nam et uerbum „restituas“, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.

Zwischen den beiden Stellen besteht ein offenbarer längst bemerkter Widerspruch. Theophilus zählt die actio rescissoria, die er Pauliana nennt, mit den Institutionen zu den actiones in rem;[2] bei Paulus erscheint sie (cf. fr. 38 pr. cit.) als actio in personam. Alle Vereinigungsversuche, die man zur Beseitigung dieser Antinomie gemacht hat, sind m. E. gescheitert.[3] Man muß sich zu einem von zweien entschließen. *Entweder* muß man einem der beiden Zeugnisse den Vorrang einräumen, — dann kann selbstverständlich die Entscheidung nur zugunsten des Paulus ausfallen; diesen Weg habe ich in EP² beschritten. *Oder* man muß beiden Zeugnissen ein gleiches Mißtrauen entgegenbringen; hierin sind Ferrini,[4] Collinet[5] und Albertario[6] vorangegangen, und ich glaube heute, mich ihnen anschließen zu sollen. Es ist überaus auffallend, daß weder in der Übersetzung, in der die Basiliken fr. 38 § 4 wiedergeben (Heimb. II, 714) noch in den darauf bezüglichen Scholien des Stephanus und Cyrillus (eod. 713. 714) die Bezeichnung *Παυλιανή* sich findet; unsere actio heißt dort einfach *ἡ ἰμφάκτουμ* oder *ἴμφακτος*, d. h. in factum. Das aber ist der Name, den die Leute Justinians (s. § 268) dem neuen Rechtsmittel gegeben haben, zu dem sie, wie bereits bemerkt, die alte actio rescissoria und das interdictum fraudatorium verschmolzen haben. Weiter aber muß auffallen, daß in fr. 38 § 4 die actio Fabiana einfach mit ihrem Namen bezeichnet wird, während dem Namen Pauliana eine genaue Angabe über ihre Zweckbestimmung beigefügt ist.[7] Diese unterschiedliche Behandlung wäre nicht zu verstehen, wenn der Autor, der hier redet, bei seinem Leser hätte voraussetzen dürfen, daß ihm eine actio Pauliana ebenso geläufig sei wie die actio Fabiana. Sofort verständlich aber wird diese Differenzierung bei der Annahme, daß die Kompilatoren in dieser Stelle ihre actio in factum an Stelle eines andern Rechtsmittels eingesetzt hatten; bei „actio in factum“ hätte der Leser ohne Belehrung über ihren Zweck sich gar nichts denken können. Durch diese Erwägungen wird es höchst wahrscheinlich,

[1] Er findet sich außerdem noch in dem schol. 1 zu Basil. LX, 5, 36 (Heimb. V, 369) und in den glossae Labbaei (Otto, thes. III, 1740) s. v. *ἰνρὲμ Παυλιανή*.

[2] Ebenso in der übrigens wertlosen gloss. Labb. (s. n. 1). In den Basil. IX, 8 § 1 heißt anscheinend die gleiche actio *οὐτιλία*.

[3] Auch der meinige in der 1. Auflage 352.

[4] Filangieri 12[1] (1887), 41 f.

[5] NRH 1919, 185 f.

[6] Arch. giur. 86, 115.

[7] So auch Collinet, a. a. O. 190.

daß von einer actio Pauliana weder bei Paulus noch im Originaltext der Kompilation die Rede war. Paulus wird hier das interdictum fraudatorium erwähnt, und die Kompilatoren dieses durch ihre actio in factum ersetzt haben. Da aber die Benutzer des neuen Gesetzbuchs begreiflicherweise das Bedürfnis empfanden, diese so wichtige actio in factum durch eine kurze Bezeichnung von andern actiones in factum zu unterscheiden, so erhielt sie bei den Byzantinern schon sehr früh — vielleicht gerade, weil sie in der „Paulus" inskribierten Stelle vorkam, den Namen actio Pauliana.[1] Diesen neuen Namen wird ein Leser der Digesten über das in factum des Originals geschrieben, diese Glosse das ursprüngliche in factum verdrängt haben und so die Lesart des Florentinus entstanden sein.

Fragt man nun näher nach der Gestalt der Formel,[2] so ist zunächst soviel sicher, daß Rudorffs Rekonstruktion (EP § 221), die das eigentliche Klagfundament in die Fiktion hereinzieht,

> Si L. Titius in hoc anno fraudandorum creditorum causa N° N°, cum is fraudem non ignoraret, . . . non tradidisset, tum si . . .

unhaltbar ist.

Näher kommt jedenfalls dem Richtigen Huschke:[3]

> Quod a Lucio Titio fraudationis causa N° N°, qui eam fraudem non ignorauit, fundus Cornelianus uenditus, mancipio datus et traditus est, si is fundus N° N° uenditus, mancipio datus et traditus non esset, tum si paret eum in bonis Lucii Titii mansisse, iudex *rel.*

Indes leidet auch diese Formel noch an einem schweren Mangel: unmöglich kann die echte Formel auf die Fiktion des in bonis esse gestützt gewesen sein.[4] Alle uns in den Quellen überlieferten Fiktionen sind Fiktionen ziviler Berechtigung oder Verpflichtung; anderweite Fiktionen sind nicht nur unerhört und an sich unwahrscheinlich, sondern auch eine ganz zwecklose Weitläufigkeit. Gesetzt der fundus war nicht manzipiert, sondern nur verkauft und tradiert, war es nicht viel natürlicher, daß dann der Kurator einfach die rei uindicatio anstellte und abwartete, ob die exceptio rei uenditae et traditae opponiert werde, um dieser dann mit einer replicatio zu begegnen? Allerdings lautet die Institutionenstelle wirklich so, als ob fingiert worden wäre: si non tradidisset, tum si in bonis esset. Allein es liegt doch auf der Hand, daß die Institutionenverfasser nach

[1] Es ist bemerkenswert (s. auch Collinet a. a. O.), daß die klassischen Rechtsmittel sonst nirgends nach einem Cognomen bezeichnet sind, sondern i. d. R. nach dem Gentilnamen (Publiciana, Fabiana, Caluisiana, Cascellianum, Saluianum usw.), ein einziges, die actio Seruiana, wahrscheinlich nach einem Pränomen, aber einem solchen, das fast ausschließlich bei der gens Sulpicia im Gebrauch war, so daß es den Gentilnamen ersetzen konnte.

[2] Alle früher gemachten Formulierungsversuche (vgl. außer den oben erwähnten etwa noch v. Schey, a. a. O. 158) zu besprechen, ist schon deshalb unmöglich, weil sie zum Teil von anderm Standpunkte ausgehen.

[3] Z. f. CR u. Pr. N. F. 14, 66.

[4] Vgl. auch Voigt, Condictionen n. 744, v. Schey, a. a. O. 128ff.

Abschaffung der Manzipation und des ex iure Quiritium unmöglich den klassischen Schriftsteller, den sie hier bearbeiteten, seinem ursprünglichen Wortlaut nach bringen konnten: wie mag man daher ihr Machwerk als Grundlage für die Rekonstruktion benutzen!

Als weiterer Versuch sei noch die Formulierung Solazzis[1] erwähnt:

> S. p. L. Titium in hoc anno fraudationis causa N° N° qui eam fraudem non ignorauit hominem mancipio dedisse eumque, si mancipio datus non esset, in bonis L. Titii mansurum esse, si ea res a. t. n. r., q. e. r. e., t. p. *rel.*

Solazzi glaubt, diese seine Formel mache dem iudex zur Pflicht „a considerare se l'autore dell' alienazione fraudolenta fosse sempre il titolare del patrimonio in cui erano stati immessi i creditori",[2] d. h. sie lasse eine Verurteilung nur dann zu, — und das sei eben der Zweck der Fassung —, wenn feststehe, daß das Vermögen, über das Konkurs eröffnet worden, das des fraudulosen Veräußerers sei (nicht etwa z. B. das seines Erben oder eines andern Universalsukzessors). In Wirklichkeit weist seine Formel, in sprachlich allerdings nicht einwandfreier Form, den iudex an, zu untersuchen, ob der fraudator, wenn er die fraudulose Veräußerung an den Nˢ Nˢ nicht vorgenommen hätte, die veräußerte Sache behalten (und nicht vielleicht an irgendeinen andern veräußert) hätte. Um Solazzis Gedanken auszudrücken, wäre ausreichend, aber auch notwendig eine intentio folgenden Wortlauts gewesen: s. p. L. Titium, cuius bona a creditoribus possessa sunt, . . . mancipio dedisse, wobei freilich von der Überlieferung des § 6 I. de act. nichts übrigbleiben würde.

Meiner Überzeugung nach lautete unsere reszissorische Klagformel etwa so:

> *Si quem hominem L. Titius N° N° mancipio dedit, L. Titius N° N° mancipio non dedisset, tum si pareret eum hominem q. d. a. ex iure Quiritium L. Titii esse, si ea res arbitrio iudicis non restituetur,*[3] *q. e. r. e., tantam pecuniam iudex Nᵐ Nᵐ A° A° c. s. n. p. a.*

In dieser Formel ist, wie man sieht, von der Fraudierungsabsicht wie auch von der Jahresfrist für die Anfechtung nicht die Rede: es war Sache des Prätors, vor Gewährung der reszissorischen actio hierüber zu kognoszieren.[4] Desgleichen kognoszierte der Prätor auch über die conscientia fraudis auf seiten des Beklagten.[5] Unsere Fassung stimmt, wenn man die

[1] Revoca 47.

[2] bullett. 15, 153 in der Note.

[3] Über fr. 38 § 4 (22. 1) — uerbum „restituas" quod in hac re praetor dixit — s. unten § 268.

[4] Nimmt man an, daß diese Kognition dem Judex überlassen werden konnte, so muß man formulieren: Si quem hominem L. Titius in hoc anno f. c. mancipio dedit N° N° qui eam fraudem non ignorauit, eum is mancipio non dedisset, tum si *rel.* Übereinstimmend der Rekonstruktionsversuch Beselers, SZ 46, 130, dessen Bezugnahme auf (37. 15) 5 § 1 ict. eod. 9 ich aber nicht als schlüssig anerkennen kann.

[5] Wo von diesem Erfordernis abgesehen wurde — fr. 6 § 10. 11. 13 h. t. —, wurde utilis actio gewährt: si quem hominem

durch das veränderte Recht geforderten Modifikationen in Rechnung zieht, vollkommen mit der Formulierung bei Theophil. zu § 6 I. cit.:[1]

ὡσανεὶ μὴ ἐτραδιτεύθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ δεβίτωρος, εἰ φαίνεται αὐτὸ ἐν τοῦ δεβίτωρος μεμενηκέναι δεσποτείᾳ.

Ganz entprechend wurden auch die zivilen actiones in personam restituiert. Die in factum konzipierten prätorischen Aktionen bedurften natürlich keiner fiktizischen Formel, wogegen bei den fiktizischen die verschiedenen Fiktionen kombiniert wurden.[2]

Tit. XLII

§ 226. *DE SENTENTIA IN DUPLUM REUOCANDA*

Ulp. 66,[3] Paul. 62 (?).[4]

Gai. IV, 9:

> . . . aduersus infitiantem in duplum agimus . . . per actionem iudica*ti*.

Vgl. Gai. IV, 171, Paul. sent. I, 19 § 1.

Daß die Formel der actio iudicati an dieser Stelle des Edikts proponiert war, dafür liefert, wie schon oben (S. 406) bemerkt, fr. 6 (42. 1) durch seine Inskription den vollen Beweis.

Für die Rekonstruktion fehlen uns fast alle Anhaltspunkte. Was Bethmann-Hollweg[5] als solche beibringt, ist von keiner Bedeutung. Ob und inwieweit die legis actio bei Gai. IV, 21 in die Formel übergegangen ist, wissen wir nicht. Der von Bethmann-Hollweg als solenn bezeichnete Ausdruck „iudicatum facere oportere“ — Gai. III, 180 — kommt nur vereinzelt vor[6] und braucht sowenig formelmäßig zu sein, wie das bei Gai. l. c. ebenfalls erwähnte condemnari oportere. Das Edikt endlich in fr. 4 § 3 (42. 1) worauf sich B.-H. ebenfalls bezieht, geht, wie S. 406 f. nachgewiesen, gar nicht auf die formulierte actio iudicati, sondern auf die Personalexekution.

Hiernach scheint mir das Ratsamste, auf Hypothesen ganz zu verzichten. Wohin diese führen, das erweisen die Rekonstruktionsversuche Bethmann-Hollwegs (a. a. O.) und Rudorffs (EP § 198). Beide Schriftsteller glauben zwei verschiedene Formeln annehmen zu sollen.

L. Titius N° N° donandi causa mancipio dedit *rel.* Vgl. fr. 6 § 13 cit.

[1] Ferrini, I.L. XVII, 896.

[2] Dies gegen Huschke, a. a. O. 53.

[3] (42. 1) 6, 18, (3. 3) 56 — letztere Stelle gehört der Untersuchung der Frage an, wem aus Prozeß des Vertreters die actio iudicati zustehe —, (12. 6) 9, (16. 2) 13 — compensatio und deductio gegenüber der actio iudicati?

[4] (46. 3) 56.

[5] CP II, 635 n. 28.

[6] Gewöhnlich finden wir iudicatum facere debere oder cogi oder compelli: s. z. B. (2. 12) 6, (9. 4) 35, (5. 1) 45 § 1, (46. 1) 45.

B.-H. konstruiert für die actio iudicati aus iudicium legitimum eine actio ad legis actionem expressa:

> Quod N^s N^s A^o A^o sestertium X milia condemnatus est: si A^s A^s N^o N^o manus iniecisset: tum quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oporteret: eius, iudex, N^m N^m A^o A^o duplum condemna.

Diese Formel ist monströs. Ein „quidquid d. f. oportet" gegründet auf die Fiktion einer legis actio per manus iniectionem! Wann in aller Welt war denn die Folge der letztern eine obligatio incerti des iudicatus? Sollte die Fiktion durchgeführt werden, so hätte es offenbar heißen müssen „quantam pecuniam uindicem ab eo datum condemnari oporteret, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a."

Auf Grund eines iudicium imperio continens gewährt B.-H. eine in factum actio:

> S. p. N^m N^m A^o A^o sestertium X milia condemnatum esse eamque pecuniam intra legitimum tempus solutam non esse: quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum *et rel.*

Auch diese Formel ist sehr auffallend. Decem milia quanti ea res erit! B.-H. wählt diese Form, weil er glaubt, die actio iudicati habe wegen der Urteilszinsen eine condemnatio incerta haben müssen. Allein erstens ist die Verpflichtung zur Zahlung von Urteilszinsen wahrscheinlich in der extraordinaria cognitio aufgekommen und jünger als das Hadrianische Edikt.[1] Zweitens ist nirgends gesagt, daß in der actio iudicati auch die Urteilszinsen dupliert wurden. Die Intentio B.-H.s erregt nicht minder Bedenken. „S. p. . . . condemnatum esse"? Wo in den Quellen die Frage nach der Gültigkeit eines Urteils als Streitpunkt erwähnt wird, ist immer das Wort „iudicatum" gebraucht;[2] so heißt auch die actio „iudicati actio", und in der legis actio (Gai. IV, 21) heißt es „iudicatus siue damnatus" oder vielleicht auch bloß einfach „iudicatus".[3] Weiter: „eamque pecuniam intra legitimum tempus solutam non esse". Wie, wenn die Summe post legitimum tempus bezahlt war? war dann die actio iudicati gleichwohl zuständig und bedurfte es einer exceptio?

Rudorff unterscheidet, anders als B.-H., zwischen dem Fall, si legitimo iudicio in personam actum fuerit ea formula, quae iuris ciuilis habet intentionem, und den übrigen möglichen Fällen.[4] Dort formuliert er in ius:

[1] Die Digesten erwähnen sie nirgends. Im Codex kommen die gesetzlichen Urteilszinsen zuerst in einem Reskript Caracalla's vor: c. 1 (7. 54), wo aber von einem Privileg des Fiskus die Rede zu sein scheint. In c. 13 i. f. (4. 32) — Alexander — liegt die Annahme einer Interpolation sehr nahe. Richterlich verordnete Urteilszinsen finden sich unter Sever und Caracalla: c. 1 (7. 46) (echt?). Vgl. zu der ganzen Frage de Francisci, saggi rom. I, 61 f.

[2] Vgl. (49. 8) 1 pr., (2. 15) 11, Cic. pro Flacco c. 21 § 49. „Condemnatum" scheint die auch bei Ungültigkeit des Urteils immerhin vorhandene Tatsache zu bezeichnen, daher in fr. 2 pr. (49. 8): inefficaciter condemnatum.

[3] Nämlich wenn man liest „IUDICATUS (siue DAMNATUS)". So Krüger-Studemund. Vgl. hierzu Wlassak, SZ 25, 175 ff.

[4] So dürften wohl die etwas undeutlichen Bezeichnungen bei R., EP § 198 g. E., zu verstehen sein.

Quantae pecuniae paret N^m N^m ab illo iudice A^o A^o condemnatum iudicatum facere oportere, tantae pecuniae dupli . . .

Hier in factum:

S. p. . . . iudicatum esse, quanti ea res est, tantae pecuniae duplum . . .

Beide Formeln sind aus dem bereits von mir widerlegten Grunde als incertae gedacht; die erste dürfte schon grammatisch schwer zu konstruieren sein. Die ganze Unterscheidung Rudorffs schwebt aber in der Luft, da sie in dem, was Gai. IV, 106 f. von der konsumierenden Wirkung des Urteils sagt, keinerlei Rechtfertigung findet.

Man mag es mit Bethmann-Hollweg für wahrscheinlich halten, daß auf Grund eines iudicium legitimum anders formuliert wurde als auf Grund eines iudicium imperio continens,[1] dort eine zivile,[2] hier eine honorarische Formel vermuten. Für die Fassung dieser Formeln aber, insbesondere dafür, daß die honorarische fiktizisch gefaßt war, haben wir, wie bemerkt, keinerlei Anhalt.[3]

Neben der actio iudicati finden wir in den Quellen mehrfach ein vom verurteilten Beklagten ausgehendes „sententiam in duplum reuocare" erwähnt.

Cic. pro Flacco c. 21 § 49:

frater meus . . . decreuit, ut, si iudicatum negaret, in duplum iret . . .

Paul. sent. V, 5^a § 8:

Res olim iudicata post longum tempus in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum reuocari.

Vgl. noch Paul. sent. V, 5^a § 7 [5], C. Greg. (10. 1), 1.

Der Ausdruck paßt an sich auch auf die mit dem periculum dupli verbundene Übernahme der actio iudicati, und es ist sehr wahrscheinlich, daß er diese defensive Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten mit umfaßt.[4]

[1] A. M. Eisele, Abh. z. röm. CP (1889) 155 f. Dagegen Wlassak, röm. Prozeßges. I, 98 f., Naber (obs. 53), Mnem. 22, 245 f.

[2] Anders die 1. Aufl. auf Grund von (42. 1) 6 § 3 ict. (44. 7) 35. Aber die in fr. 6 § 3 cit. gemachte Bemerkung könnte auf die honorarische Formel zu beziehen sein. Vgl. Naber, a. a. O. Für so gesichert aber, wie Wlassak will, halte ich die Unterscheidung nicht. Der schon von Eisele hervorgehobene Umstand, daß auch die l. a. per manus iniectionem nicht auf ein oportere abgestellt war, bietet ein m. E. starkes Gegenargument.

[3] Für die honorarische Formel scheint mir der Vorschlag Eiseles, a. a. O. 155, „s. p. N^m A^o HS X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse" formal einwandfrei. Die zivile könnte auf „dare oportere ex causa iudicati" abgestellt gewesen sein, — doch spricht fr. 28 § 8 (12. 2) gegen diese Fassung. Anders und schwerlich besser: Betti, a^{es} ex conf., atti Ven. 74^2, 1462. Die condemnatio ging jedenfalls beidemal in duplum, abgesehen von den Ausnahmsfällen, für die Wenger in seiner gründlichen Abhandlung „z. L. v. d. Actio iudicati" (1901) die condemnatio in simplum erwiesen hat. Daß für diese Fälle besondere Formeln im Album proponiert waren, ist nicht anzunehmen.

[4] Rudorff, ZfgeschRW 14, 311 f., Keller, CP n. 983. Vgl. namentlich auch c. 1 C. Greg. cit. A. M. Puchta, Curs. d. Instit. § 181, Bethmann-Hollweg, CP II, 726. Zweifelnd Wenger, Institutionen d. röm. ZPR 202^{15}.

Jedenfalls aber bezeichnet er auch eine hiervon unterschiedene offensive Nichtigkeitsbeschwerde,[1] über deren Form wir nicht unterrichtet sind: es könnte etwa an ein praeiudicium an iudicatum sit,[2] unter vom condemnatus anzubietender Pönalsponsion,[3] gedacht werden, wobei Verweigerung der Einlassung Denegation der actio iudicati nach sich gezogen hätte. Unwahrscheinlich ist mir die Annahme Bethmann-Hollwegs,[4] die reuocatio in duplum sei eine Rückforderung des gezahlten Judikats mit der poena dupli gewesen. —

Ein besonderes, dem unterlegenen Kläger zuständiges, Rechtsmittel zur Anfechtung der nichtigen absolutorischen Sentenz scheint es nicht gegeben zu haben. Doch stand es ihm frei, die abgewiesene Klage von neuem zu erheben und der exceptio rei iudicatae mit der Behauptung der Nichtigkeit zu begegnen.[5] Wie ihm geholfen wurde, wenn zwar das Urteil nichtig, das iudicium aber an sich rechtsbeständig, die abgewiesene actio also konsumiert war (Restitution?), und ob ferner die Behauptung der Nichtigkeit für den abgewiesenen Kläger ganz gefahrlos war, — auf diese naheliegenden Fragen müssen wir die Antwort schuldig bleiben. —

Noch ist schließlich zu bemerken, daß aus dem extra ordinem vom Magistrat gefällten Spruch keine eigentliche actio iudicati hervorging. Es mag dahingestellt bleiben, ob schon die Klassiker oder, was wahrscheinlicher, erst die Byzantiner den hier stattfindenden Vollstreckungsanspruch als „actio proiudicati" bezeichneten,[6] — jedenfalls gab es keine Formel für ihn. Da die Sentenz selbst nicht im ordentlichen Verfahren gefällt war, so wird man auch über ihre Gültigkeit oder Nichtigkeit im Weg der Kognition prozediert haben.[7]

Tit. XLIII

DE INTERDICTIS[8]

Ulp. 67[9]–73, Paul. 63[10]–68, Gai. 25. 26, Iulian. 48. 49, Venulei. lib. 1–6 interdict.

[1] Cic. pro Flacco l. c.

[2] Ob fr. 1 pr. (49. 8) und fr. 11 (2. 15) hierher gehören, ist mehr als zweifelhaft. Die Auslegung ersterer Stelle durch Bremer, Rhein. Mus. f. Philol. 21, 44, vermag ich ebensowenig zu akzeptieren wie die Rudorffs, ZfgeschRW 15, 261. S. jetzt Eisele, a. a. O. 177f., der mit gutem Grund in beiden Stellen Kognition annimmt.

[3] Schol. Bob. zu Cic. l. c.: in duplum iret: dupli sponsionem faceret. [162 f.

[4] CP II, 725f. Ebenso Eisele, a. a. O.

[5] Paul. sent. V, 5ª § 8. Dazu Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l. Post longum tempus stand nach dieser Stelle der abgeurteilten Klage eine exceptio longi temporis entgegen, die der Beklagte dann also mit der exceptio rei iudicatae verbinden mußte. Falsch ist die Auslegung der Stelle durch Cuiac. opp. I, 477.

[6] Ulp. 4 (2. 14) 7 § 13, dazu das schol. 30 in Basil. ed. Heimb. I, 572. S. oben S. 414.

[7] Eisele, a. a. O. 183f. Anders d. 1. Aufl.

[8] Zu diesem ganzen Titel ist Bergers Artikel interdictum bei Pauly-Wissowa zu vgl., den ich im fg. Berger Int. zitiere.

[9] Einleitung: (43. 1) 1.

[10] Einleitung: eod. 2.

Einleitung

Ehe zur Untersuchung der einzelnen Interdikte geschritten werden kann, sind einige Formulierungsfragen von allgemeiner Bedeutung zu erledigen.

I. Bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten kann sich bekanntlich je nach dem Verhalten des Beklagten das Verfahren verschieden gestalten. Verlangt er „antequam ex iure exeat" einen arbiter, dann, so heißt es bei Gai. IV, 163:

> accipit formulam quae appellatur arbitraria,[1] et iudicis arbitrio, si quid restitui uel exhi*b*eri debeat, id sine periculo exhib*e*t aut restituit, et ita absoluit*ur*: quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est,[2] condemnat*ur*.

Dagegen (Gai. IV, 165):

> si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad ex*i*tum perducit*ur*: nam actor prouocat aduersarium sponsion*e*, (*quod*) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit: ille autem aduersus sponsionem aduersarii restipulatur: deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario: ille huic inuicem restipulationis: sed actor sponsionis f*ormulae* s*ubicit* et aliu*d* iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut, si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur, *quanti ea res erit, aduersarius ei condemnetur.*

Dieser Bericht gibt zu folgenden Fragen Anlaß.

1. Ist von den Worten, in denen der Prätor die Möglichkeit dieses doppelten Verfahrens andeutete, etwas erhalten? Prob. Einsidl. 70 hat die Abkürzung

R. A. Q. E. I. E. = restitutus antequam ex iure exeas.

Das offenbar fehlerhafte restitutus verbesserte Mommsen, welchem Huschke und Krüger folgten, in restituas, und diese Konjektur ist heute durch das von Girard herausgegebene Pariser Manuskript bestätigt (NRH 1910, 501). Es sind daher mit Rudorff[3] allen restitutorischen und exhibitorischen Interdikten, hinter dem in den Digesten überlieferten restituas oder exhibeas, die in den folgenden Paragraphen der Kürze halber weggelassenen Worte anzuhängen: antequam ex iure exeas.[4] Der erste Eindruck, den diese Formulierung macht, ist freilich nicht bestechend: würde doch hiernach ein Beklagter, der z. B. trotz operis noui nuntiatio fortgebaut oder der den Kläger aus einem einige Tagereisen entfernten Grundstück dejiziert hatte, die gar nicht ausführbare Anweisung erhalten haben, sofort

[1] Vgl. Ulp. fr. Vindob. § 5.

[2] Auch bei den Interdikten zum Schutze der loca sacra und religiosa? Man möchte hier eher eine condemnatio in bonum et aequum concepta vermuten. Doch spricht Gaius allgemein, und undenkbar ist die Fassung „quanti ea res est" nirgends.

[3] Vgl. denselben in ZRG 3, 6f.

[4] Noch zweifelnd EP².

in iure zu restituieren. Gleichwohl hüte man sich, den Beisatz für unmöglich zu erklären.[1] Wir wissen aus Gaius, daß, sobald der Beklagte tacitus, d. h. ohne den arbiter zu erbitten, sich ex iure entfernte, der Kläger das Sponsionsverfahren einleiten konnte:

> actor prouocat aduersarium sponsion*e*, (*quod*) contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit.

Ohne Erbittung des arbiter nützte also dem Beklagten der beste Wille, baldigst zu restituieren, nicht das geringste. Der Kläger brauchte ihm keinerlei Frist zu gewähren. Danach aber muß das prätorische Dekret notwendig den Sinn gehabt haben „restituas antequam ex iure exeas“: sonst hätte der Beklagte sich im Sponsionsprozeß mit Recht durch die Behauptung verteidigen können, ein Verfehlen gegen das prätorische Gebot liege nicht vor, da ihm die zum Gehorsam notwendige Zeit nicht gelassen worden sei, eine Verteidigung, die natürlich durchaus unzulässig war. Das „antequam ex iure exeas“ konnte daher sehr wohl ausdrücklich in jedem Interdikt stehen, gerade um dem Mißverständnis vorzubeugen, daß der Befehl sich mit der zu seiner Befolgung notwendigen Frist verstehe, und wir dürfen an der Unausführbarkeit des „restituas antequam ex iure exeas“ keinen Anstoß nehmen. Der ganze Befehl war eine bloße Form, die den Zweck hatte, die Grundlage für die zu erwartende Sponsion abzugeben, welch letztere, um dem Beklagten alle Möglichkeiten berechtigter Verteidigung[2] offen zu lassen, auf „si aduersus edictum non restituisti“ gestellt sein mußte. Die materielle Bedeutung des „antequam ex iure exeas“ ist nicht im konkreten Befehl zu suchen, sondern in der allgemeinen Norm, die in dem proponierten Interdiktsformular verborgen ist. Restituiere beizeiten, so warnt der Prätor im Album: denn bist du erst in iure, so lasse ich dir keine Zeit mehr dazu.[3] Nehmen wir an, daß der Prätor nicht schlechtweg „restituas antequam ex iure exeas“ sagte, sondern daneben für den Fall, daß die sofortige Restitution nicht möglich sein sollte, sogleich die Alternative stellte, den Arbiter zu erbitten, so wird auch das Auffallende der Form gemildert.

2. Wie lautete die formula arbitraria? Hierauf ist zu antworten, daß wir über deren Fassung nicht unterrichtet sind und daß daher der Versuchung, sie für die einzelnen Interdikte zu rekonstruieren, zu widerstehen ist. Sicher unrichtig sind Rudorffs Rekonstruktionen, die durchweg mit einem vorangestellten „Si paret“ die Voraussetzungen des Restitu-

[1] Dies tut der Referent (Adolf Schmidt) im liter. Zentralblatt 1869, 420. Rudorff selbst scheint an der Formulierung überhaupt gar nichts Auffallendes gefunden zu haben; a. a. O. bespricht er sie so, als ob das Wort „restituas“ mit „arbitrum postules, ut eius arbitrio restituas“ völlig identisch wäre, und daß diese Auffassung nicht ohne Berechtigung ist, ergibt das „sei non restituet“ in l. Rubr. c. XXII, lin. 35 und Cic. pro Tull. c. 23 § 53: per arbitrum restituas. Vgl. Demelius, Confessio 148.

[2] Nämlich die Verteidigung, daß die Voraussetzungen des Restitutionsbefehls fehlten, und die, daß bereits restituiert sei.

[3] Dagegen Ubbelohde, Interdikte, Forts. v. Glück, II, 229f.

tions- oder Exhibitionsbefehls ausdrücklich zum Beweis stellen (z. B. si paret . . . prohibente A° A° . . . opus factum esse). Wäre die Formel so gefaßt gewesen, so hätte Proculus nimmermehr die von Gai. IV, 163 überlieferte irrige Meinung gewinnen können, in der Erbittung des arbiter liege das Zugeständnis der Restitutions- oder Exhibitionspflicht.[1] M. E. muß die Formel, wenn sie neben der richtigen auch diese falsche Auslegung zulassen sollte, einfach den Inhalt des Interdikts reproduziert haben, also beispielsweise etwa:

> *Quod opus . . . ui aut clam factum est, si arbitratu iudicis non restituetur, quanti ea res erit,* et rel.

Je nachdem man in einer solchen Formel den Inhalt des demonstrationsähnlichen Anfangssatzes als nach Auffassung des Prätors feststehend oder, wie jede andere demonstratio, als im Bestreitungsfalle beweisbedürftig ansah, mußte man zu der Proculianischen oder zur rezipierten Sabinianischen Auffassung kommen.

3. Wie lauteten die Sponsionen? Für ein Interdikt — das Quorum bonorum — ist uns der Anfang der sponsio bei Cic. ad famil. VII, 21 in den Worten erhalten:

> Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit.

Ohne Zweifel im wesentlichen richtig hat Huschke[2] im Anschluß an diese Überlieferung die ganze Sponsion folgendermaßen rekonstruiert:

> *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides (possideresue si nihil usucaptum esset)*[3] *quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id si contra illius praetoris edictum mihi non restituisti, tot nummos dare mihi spondes? spondeo.*

Diese Sponsion reproduzierte also den Gesamtinhalt des Interdikts in seiner konkreten Fassung, und sicherlich werden wir ein Gleiches auch für die Sponsionen bei sehr vielen andern Interdikten anzunehmen haben. Daß diese Fassung aber die ausnahmslose Regel und zwar nicht bloß bei den restitutorischen und exhibitorischen, sondern auch bei den prohibitorischen Interdikten gebildet habe,[4] ist doch wohl mehr behauptet als sich beweisen läßt. Je nach der Fassung des Interdikts konnte es sich im Interesse der Klarheit empfehlen, statt einer Reproduktion sich mit einer Rückverweisung auf den Inhalt des Interdikts zu begnügen; es läßt sich durchaus nicht absehen, warum der Prätor nicht mitunter auch diesen Weg beschritten haben sollte, und wenn Gai. IV, 166a bei den zweiseitigen

[1] Vgl. Gai. l. c.: quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere de*b*ere.

[2] Studien des röm. R. (1830) 11. Vgl. Ad. Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer (1853) 243f.

[3] Das Eingeklammerte läßt Huschke als erst Hadrians Zeit angehörig weg. S. dagegen Leist, BP I, 101–107, Serie der Bücher 37. 38 I, 379f.

[4] Schmidt, a. a. O. 243.

prohibitorischen Interdikten die Aufgabe des iudex sponsionis dahin präzisiert:

illud scilicet requirit (*quod*) praetor interdicto complexus est,

so spricht dies m. E. dafür, daß mindestens hier die Sponsion für sich allein den Judex nicht genügend instruierte.[1]

Die Höhe der Sponsionssumme wurde aller Wahrscheinlichkeit nach durch Eid des Klägers bestimmt — quanti actor iurauerit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri[2] —, jedoch innerhalb der Maximalgrenze des Streitwerts[3] und mit Moderationsrecht des Prätors.

4. Das bei Gai. IV, 165 i. f. erwähnte, an den Sponsionsprozeß sich anschließende iudicium de re restituenda uel exhibenda ist ohne Zweifel identisch mit dem bei den prohibitorischen Interdikten (Gai. IV, 166a. 169) vorkommenden, gleichem Zwecke dienenden iudicium Cascellianum siue secutorium. Da die betreffende Formel stets unmittelbar an die auf Grund der Sponsion gewährte angeschlossen wurde — Gai. IV, 165 —, so war hier eine erneute Detaillierung des Tatbestands überflüssig und Gai. l. c. dürfte mit den Worten

si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur (aut restituatur),

die Kondemnationsbedingung, die hier bei allen Interdikten gleichlautend war, vollständig wiedergegeben haben.[4]

II. Bei den prohibitorischen Interdikten müssen wir, was das Verfahren anlangt, zwischen den interdicta simplicia und duplicia unterscheiden. Das Verfahren bei den letztern läßt sich aus dem wenn auch verstümmelten Bericht des Gaius noch ziemlich deutlich erkennen und wird, soweit für unsern Zweck nötig, gelegentlich des interdictum Uti possidetis unten noch besprochen werden. Hinsichtlich der interdicta simplicia sind wir, da die von ihnen handelnde Stelle im Cod. Veron. nicht zu lesen ist, auf Vermutungen angewiesen, die aber in dem, was wir von den duplicia wissen, und in der allgemeinen Äußerung des Gaius (IV, 141):[5]

ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet . . .

einen festen Anhaltspunkt haben. Wegen der Fassung der Sponsion, die hiernach hier immer das weitere Verfahren eröffnete, ist auf das oben Ge-

[1] Sie lautete wohl nur einfach (vgl. Gai. IV, 166): Si aduersus edictum praetoris possidenti mihi fundum Cornelianum uis facta est. Man versuche beispielsweise das interdictum de migrando in eine Sponsio umzugießen, und man wird erkennen, daß derart abgekürzte Fassungen auch sonst nicht entbehrt werden konnten. S. auch Ubbelohde, Interdikte II, 95.

[2] Ähnlich wie beim Vadimonium, Gai. IV, 186. S. auch Huschke, iurispr. anteiust. zu Gai. IV, 165.

[3] Vgl. (43. 17) 1 pr.: neque pluris quam quanti res erit (scil. *sponsionem fieri permittam*). Vgl. unten S. 471.

[4] Danach würde die ganze Formel etwa gelautet haben: *Si As As Nm Nm sponsione uicerit neque ei arbitrio iudicis res restituetur (exhibebitur), q. e. r. e.* et rel. Ganz ähnlich Schmidt, a. a. O. 258, der durch Schirmer, prätor. Judicialstip. 65 f., nicht widerlegt ist. Übereinstimmend Ubbelohde, a. a. O. II, 128. Zweifelnd Wlassak, SZ 33, 114.

[5] Cf. Ulp. fr. Vindob. § 5.

sagte zu verweisen. An die formula sponsionis schloß sich ohne Zweifel ganz wie sonst auch hier das iudicium secutorium.[1] Was dessen Fassung anlangt, so bemerkt Schmidt[2] mit Recht, daß hier eine formula arbitraria in dem Sinn, wie wir sie bei den exhibitorischen und restitutorischen und auch bei den zweiseitigen Interdikten finden, vielfach nicht denkbar ist. Möglich ist sie da, wo das Interdikt eine Anlage untersagte und diese gleichwohl gemacht worden ist, möglich auch da, wo jemandem interdiktswidrig ein Besitz oder Genuß entzogen ist: denn hier ist ein rem restituere denkbar. Wo dagegen das interdiktswidrige Handeln sich nicht in einem dauernden Zustand verkörpert — Schmidt führt als Beispiel das Interdikt „Quo minus illi uia publica itinereue publico ire agere liceat, uim fieri ueto" an —, da würde ein „neque ea res arbitrio iudicis restituetur" offenbar sinnlos sein. Demgemäß konstruiert für solche Fälle Schmidt das iudicium secutorium als einfache Schadenersatzklage auf quanti ea res erit, und auch ich halte diese Fassung für wahrscheinlich, wenngleich nicht für völlig gesichert. Nicht für völlig gesichert aus folgendem Grunde. Die prohibitorischen Interdikte verfolgen den Zweck, das verbotene Handeln dauernd auszuschließen. Das officium iudicis im iudicium secutorium erschöpfte sich daher nicht in der bloßen Geldkondemnation wegen des bereits angerichteten Schadens, sondern der iudex mußte je nach Lage des Falls durch Auferlegung von Kautionen für die Zukunft Vorsorge treffen.[3] Wahrscheinlich ist nun allerdings, daß diese Ausdehnung des officium iudicis in der Formel des iudicium secutorium, soweit sie nicht auf „neque ea res restituetur" gestellt werden konnte, überhaupt nicht zum Ausdruck kam; sind doch wohl auch die Servitutformeln, wo sich ganz die gleiche Erwägung geltend macht, wahrscheinlich nicht arbiträr.[4] Möglich aber bleibt doch auch die gegenteilige Annahme,[5] so daß es mir am ratsamsten scheint, sich hier der Entscheidung zu enthalten.[6]

III. Gab es interdicta noxalia? Während Gaius in seinen Institutionen schweigt, wird die Frage in den Digesten — (43. 1) 5 angeblich von Paulus — bejaht und die Möglichkeit noxaler Fassung inbesondere bei den Interdikten Unde ui und Quod ui aut clam hervorgehoben. Auf Grund dessen glaubte man bisher allgemein (so auch ich in EP²) interdicta noxalia als sicher überliefert annehmen zu müssen. Neuerdings aber hat Biondi[7] m. E. überzeugend dargetan, daß solche für die klassische Zeit undenkbar

[1] Wie, wenn der Beklagte beim interdictum simplex cetera ex interdicto non facit? Gibt es auch hier interdicta secundaria? Dafür Demelius, Confessio 171, mit guten Gründen. Aber dagegen scheint mir zu sprechen, daß die interdicta secundaria bei Gai. IV, 170 allem Anschein nach zum ersten Male erwähnt sind, während von den interdicta prohibitoria simplicia aller Wahrscheinlichkeit nach schon in der Lücke vor Gai. IV, 166 die Rede war. Vgl. auch Bekker, Aktionen II, 54 in der Note. Ubbelohde, a. a. O. I, 321 ff.

[2] a. a. O. 261.

[3] (43. 8) 2 § 18, s. auch eod. 2 § 28.

[4] Vgl. § 73.

[5] Das will sagen: möglich bleibt eine anderweite Satisfaktionsklausel („neque eo nomine satisfiet" oder wie man sie sonst fassen will).

[6] Ebenso Ubbelohde, a. a. O. II, 137 f.

[7] Act[es] nox. 78 f.

sind, und daß der Schein des Gegenteils durch Interpolationen hervorgerufen ist (vgl. S. 467 und 483).

IV. Das Geschworenenamt lag bei den Interdikten bald in der Hand eines Einzelrichters bald in denen von Rekuperatoren,[1] und zwar ging das Verfahren per formulam arbitrariam bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten nach dem oben angeführten Bericht des Gaius stets vor einem iudex oder arbiter vor sich,[2] wogegen uns für das Verfahren per sponsionem und folglich auch für die daran sich anschließenden Judizien sowohl iudex[3] als Rekuperatoren[4] bezeugt sind, ohne daß wir die Voraussetzungen kennen, unter denen die eine oder andere Art von Geschworenen eintrat.[5] —

Die im obigen (I–IV) besprochenen Punkte werden bei den einzelnen Interdikten nicht weiter berührt werden, außer wo die Quellen dafür spezielle Ausbeute gewähren. Auf Rekonstruktion der Sponsionen und Formeln habe ich durchweg verzichtet.

§ 227. QUORUM BONORUM[6]

Ulp. 67.[7]

Ulp. 67 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: QUORUM BONORUM[8] EX EDICTO MEO[9] ILLI POSSESSIO DATA EST,[10] QUOD DE HIS BONIS PRO HEREDE[11] AUT PRO POSSESSORE[12] POSSIDES[13] POSSIDERESUE SI NIHIL USUCAPTUM ESSET,[14] QUODQUE[15] DOLO MALO FECISTI,[16] UTI DESINERES POSSIDERE,[17] ID ILLI RESTITUAS.

Cf. Gai. IV, 144.

Wegen der sponsio vgl. Cic. ad fam. VII, 21:

... sponsionem illam nos sine periculo facere posse: SI BONORUM TURPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SUO MIHI DEDIT.

Hierzu oben S. 449.

Den arbiter erwähnt fr. 35 (38. 2).

[1] Gai. IV, 141.

[2] Vgl. auch z. B. (43. 24) 7 § 3 i. f., 15 § 7. 9. 11, 21 pr.

[3] Gai. IV, 166[a].

[4] Cic. pro Caec. passim.

[5] Schmidt, a. a. O. 252; Wlassak, Prozeßges. II, 318.

[6] D. (43. 2), C. (8. 2).

[7] h. t. 1, (5. 3) 12, 42, (41. 2) 4, (49. 17) 2, (50. 17) 149.

[8] Ulp. 67 h. t. 1 § 1, (49. 17) 2, Gai. III, 34.

[9] Cf. Cic. top. c. 4 § 18, ad fam. VII, 21.

[10] Prob. Einsidl. 33: P. D. E. = possessio data est.

[11] Ulp. 67 (5. 3) 42.

[12] Ulp. 67 (5. 3) 12.

[13] Ulp. 67 (41. 2) 4, Paul. 20 h. t. 2. Vgl. auch schol. Veron. ZfgeschRW 15, 126, dazu Zachariä v. Lingenthal, Gesch. d. griech.-röm. R. (3. Aufl.) n. 594.

[14] Vgl. hierzu Leist, Serie der Bücher 37, 38 I, 375 ff., Fitting, ArchfcivPr 52, 241, Ubbelohde, a. a. O. III, 49. Für nicht glücklich halte ich den Vorschlag Ascolis, arch. giur. 38, 354, statt „si nihil usucaptum esset" zu lesen: „si n. u. est".

[15] *Flor.* quod quidem. Vgl. Savigny, verm. Schriften II, 228.

[16] Prob. Einsidl. 14: D. M. F. = dolo malo fecisti.

[17] Gai. 10 (17. 2) 68 § 1: ... ex interdictis ..., in quibus ita est: „quod dolo fecisti, ut desineres possidere". Vgl. C. h. t. 2.

§ 228. QUOD LEGATORUM[1]

Ulp. 67,[2] Paul. 63,[3] Iulian. 48.[4]

Das interdictum Quod legatorum stand, wie das Quorum bonorum, nur dem bonorum possessor zu. Dies ergibt sich einmal aus der Tatsache, daß es in dem Interdiktenwerk,[5] woraus fr. Vat. 90 genommen ist, unter der Rubrik behandelt ist:

in eum, qui legatorum nomine non uoluntate eius, cui bonorum *posses*sio data erit, possidebit;

zweitens aus dem bei Paul. 63 h. t. 2 § 1 erhaltenen Stück des Interdikts:

si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur.

Erst die Kompilatoren haben durch zahlreiche Interpolationen das Interdikt auch dem heres zugänglich gemacht.[6] Interpoliert haben sie vor allem statt des ediktalen „non uoluntate eius, cui bonorum possessio data est", die Worte „non uoluntate eius, ad quem ea res pertinet".[7] Diese Interpolation erweist sich durch die Vergleichung von fr. 1 § 11 h. t. mit fr. Vat. 90: sie wird bestätigt durch die Erwägung, daß für die Verwendung des so auffallend farblosen „eius ad quem ea res pertinet" hier für den Prätor gar kein Anlaß war, und durch den Umstand, daß in den erhaltenen Fragmenten des Ulpianschen Kommentars zwar ausführlich die Worte „non uoluntate eius" erläutert sind,[8] nicht aber das doch sehr erläuterungsbedürftige „ad quem ea res pertinet". Die Kompilatoren haben ferner in den Ulpianschen Kommentar in einer Reihe von Stellen den heres neben den bonorum possessor eingefügt oder gar diesen durch jenen ersetzt. Und sie haben endlich in fr. 1 § 4 h. t., ungeschickt genug, das von Ulpian genannte interdictum Quorum bonorum durch die hereditatis petitio verdrängt.[9]

Der Wortlaut des Interdikts ist (im wesentlichen sicher) etwa folgender gewesen:

QUOD DE HIS BONIS, *quorum possessio ex edicto meo illi data est,*[10]

[1] D. (43. 3), C. (8. 3). Die von Rudorff, EP § 223, akzeptierte Lesart der Codexrubrik „Quorum legatorum" ist nicht die des Veron. Ob die Bezeichnung Quod legatorum einer Ediktsrubrik entstammt oder nicht (s. Perrot, ét. Girard I, 183), wird sich nicht ausmachen lassen.

[2] h. t. 1, (30) 1; (50. 17) 149? cf. Paling. Ulp. nr. 1469.

[3] h. t. 2, (41. 2) 5.

[4] cit. (24. 3) 2 § 2, cf. Iulian. nr. 650.

[5] Des Venuleius? Schwerlich: vorausgesetzt, daß, was doch wahrscheinlich, fr. Vat. 91. 92 demselben Interdiktenwerke entstammen. Denn die hier behandelten Materien fallen bei Venuleius nicht in lib. 2 u. 4, sondern in lib. 1. Vgl. Paling. II, 1230 n. 1.

[6] A. M. Lotmar, SZ 31, 129ff. Gegen ihn meine Abh. mél. Gir. II, 63ff., wie auch Perrot a. a. O. Letzterer hält aber vorjustinianische Erstreckung des Interdikts auf den heres nicht für ausgeschlossen.

[7] A. M. freilich W. Stintzing, Beiträge 77.

[8] h. t. 1 § 11. 12. 14. 15.

[9] Ursprünglich hieß es l. c.: Quorum bonorum et hoc interdictum reddendum, ut siue quis pro herede uel pro possessore siue pro legato possideat, hoc interdicto teneatur. Das stehengebliebene hoc interdicto beweist, daß der Jurist eine Kombination der beiden Interdikte im Sinne hatte. Anders Wlassak, SZ 33, 126f.

[10] Ulp. 67 h. t. 1 § 3.

LEGATORUM NOMINE[1] NON UOLUNTATE *illius*[2] POSSIDES[3] QUODQUE DOLO MALO FECISTI QUO MINUS POSSIDERES,[4] *id,* SI *eo nomine* SATISDATUM EST[5] SI*ue* PER *illum* NON STAT UT SATISDETUR,[6] *illi restituas.*[7]

Auf die arbitraria oder secutoria formula bezieht sich Paul. 63 h. t. 2 § 2:

Ex hoc interdicto qui non restituit, in id quod interest debet condemnari.

Auf die sponsio kann sich fr. 2 § 4 h. t. beziehen:

Si per legatarium factum sit, quo minus satisdetur, licet cautum non sit, tenetur interdicto . sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdetur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit, non competit interdictum, nisi satisdatum sit . item, si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cauere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur.

Die Sponsion reproduzierte das Interdikt und enthielt daher die Bedingung

si per me non stetit, quo minus satisdaretur,

deren Interpretation wir hier vor uns haben. Die Stelle paßt aber auch zur formula arbitraria.[8]

Rudorffs Rekonstruktion der sponsio und restipulatio ist, unhaltbar, abgestellt auf die bloße Frage, ob Kläger ex edicto die bonorum possessio erhalten habe.

§ 229. *A QUO HEREDITAS PETETUR, SI REM NOLIT DEFENDERE*

Ulp. 68,[9] Iulian. 48.[10]

Ulp. instit. fr. Vindob. § 4:

... [11]adipiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta QUEM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM . nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendat*ur,*[12] cogitur ad me transferre possessionem,[13] siue numquam possedi siue an*te posse*di, deinde amisi possessionem.

[1] Ulp. 67 h. t. 1 § 4–6. Fideicommissorum nomine: Ulp. 67 (30) 1.

[2] Ulp. 67 h. t. 1 § 11. 12. 14. 15, Paul. 63 (41. 2) 5.

[3] Ulp. 67 h. t. 1 § 8–10. 13. Keine mentio successoris: irrig Huschke, Studien 398 n. 73. Utile: quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quo minus possideres utereris fruereris. Fr. Vat. 90 cf. Ulp. 67 h. t. 1 § 8. Schmidt, Interdiktenverf. 14f.

[4] Cf. fr. Vat. 90. Das Zitat bei Ulp. 67 h. t. 1 § 7 „aut dolo desiit possidere" ist offenbar ungenau. Lotmar a. a. O. zieht trotz Vat. 90 die Fassung „d. m. f., ut desineres possidere" vor.

[5] Ulp. 67 h. t. 1 § 16–18. Eo nomine: h. t. 1 § 18, Paul. 63 h. t. 2 pr.

[6] Paul. 63 h. t. 2 § 1. 3. 4.

[7] Vgl. h. t. 1 § 2. 7. 8. 9, 2 § 2.

[8] So Rudorff, EP § 223 n. 8. Gegen ihn mit Unrecht die 1. Aufl. Vgl. Ubbelohde, a. a. O. III, 150.

[9] (6. 1) 45.

[10] (5. 4) 8, (12. 1) 21.

[11] Vgl. Paul. fr. 2 i. f. (43. 1): sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis. Dazu aber Berger, SZ 36, 222f.

[12] Hierher Iulian. 48 in den Stellen der n. 10.

[13] Hierher Ulp. 68 (6. 1) 45. Schwer itp., noch schwerer als nach Partsch, SZ 31, 430 und Albertario, I. L. 47, 509 i. d. Note.

Vgl. fr. Vat. 92. S. auch Cic. in Ver. II[1] c. 45 § 116:

Ex edicto urbano: SI DE HEREDITATE AMBIGITUR . . . SI POSSESSOR SPONSIONEM NON FACIET.

Das Interdikt war restitutorisch.[1]

§ 230. NE UIS FIAT EI QUI *LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA* IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT[2]

Ulp. 68.[3]

Ulp. 52 (36. 4) 5 § 27:

Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum.

Utile: si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi seruandi causa.[4]
Utile de missione Antoniniana.[5]

Das Interdikt war ohne Zweifel prohibitorisch gefaßt.[6]

In heredem: h. t. 1 i. f.

§ 231. NE UIS FIAT EI QU*AE UENTRIS NOMINE* IN POSSESSIONEM MISS*A* ERIT[7]

Ulp. 68.[8]

Ulp. 68 h. t. 3 § 2:

Praetor uentrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium [et restitutorium] est.[9]

§ 232. DE TABULIS EXHIBENDIS[10]

Ulp. 68,[11] Paul. 64,[12] Iulian. 48.[13]

Ulp. 68 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: QUAS TABULAS LUCIUS TITIUS AD CAUSAM TESTAMENTI SUI PERTINENTES[14] RELIQUISSE[15] DICETUR, SI HAE PENES TE SUNT[16] AUT DOLO MALO TUO FACTUM EST, UT DESINERENT ESSE,[17] ITA EAS ILLI EXHIBEAS.[18] ITEM, SI LIBELLUS ALIUDUE QUID RELICTUM ESSE DICETUR, DECRETO COMPREHENDAM.

[1] Arg. fr. Vat. 92. Zur Fassung: Wlassak, SZ 29, 442.
[2] D. (43. 4).
[3] h. t. 3 pr. § 1, (48. 6) 10.
[4] Ulp. 68 h. t. 3 pr. Rudorff, EP § 225, hält irrig gerade dies für den Fall des proponierten Interdikts, was sich durch den Wortlaut von fr. 3 pr. widerlegt.
[5] Ulp. 68 h. t. 3 § 1.
[6] Nicht zugleich restitutorisch. Fr. 3 § 2 h. t. ist ebenso wie fr. 1 § 1 (43. 1) itp. Vgl. Berger, SZ 36, 198f. 212f. Die in EP² angezogenen früheren Versuche zur Erklärung des fr. 3 § 2 — Schmidt, a. a. O. 67f., Ubbelohde, a. a. O. III, 211, Karlowa, RG II, 1009 — sind durch die Nachweise Bergers hinfällig geworden.
[7] D. (43. 4).
[8] h. t. 3 § 2. 3.
[9] S. n. 6.
[10] D. (43. 5), C. (8. 7). Ulp. 50 (29. 3) 2 § 8: interdictum . . ., quod est de tabulis exhibendis.
[11] h. t. 1, 3, (12. 6) 42 cf. h. t. 3 § 14.
[12] h. t. 2.
[13] (9. 2) 42. Die Interpolationen in dieser Stelle sind für ihre Hierherbeziehung ohne Bedeutung.
[14] Ulp. 68 h. t. 1 § 2-ult., 3 pr. § 1, Paul. 64 eod. 2.
[15] Ulp. 68 h. t. 3 § 5.
[16] Ulp. 68 h. t. 3 § 2-4.
[17] Ulp. 68 h. t. 3 § 6, Iulian. 48 (9. 2) 42. Cf. Paul. 69 h. t. 4.
[18] Ulp. 68 h. t. 3 § 7-10.

Die arbitrarische oder sekutorische Formel, speziell ihre auf „quanti ea res erit" gerichtete condemnatio[1] erläutert Ulp. 68 h. t. 3 § 11–15. Auf das Sponsionsverfahren und die sekutorische Formel[2] bezieht sich Paul. sent. IV, 7 § 6:

> Edicto perpetuo cauetur, ut, si tabulae testamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit, quo ad exhibendum compellitur qui supprimit.

§ 233. *INTERDICTUM POSSESSORIUM*

Gai. IV, 145:

> Bonorum quoque emptori similiter proponit*ur* interdictum (*scil. adipiscendae possessionis*), quod quidam possessorium uocant,

§ 234. *INTERDICTUM SECTORIUM*

Gai. IV, 146:

> Item ei qui publica bona emerit, eiusdem condicionis (*i. e. adipiscendae possessionis*) interdictum proponitur, quod appellatur sectorium . . .

§ 235. NE QUID IN LOCO SACRO[3] *RELIGIOSO SANCTO* FIAT. *QUOD FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR*

Ulp. 68.[4]

Ulp. 68 h. t. 1 pr.:

> Ait praetor: IN LOCO SACRO[5] FACERE INUE EUM IMMITTERE QUID UETO.[6]

Ulp. 68 (43. 8) 2 § 19:

> . . . in loco . . . sacro non solum facere uetamur, sed et factum restituere iubemur: hoc propter religionem.

Paul. 63 (43. 1) 2 § 1:

> Interdicta autem competunt uel hominum causa uel diuini iuris aut de religione, sicut est „ne quid in loco sacro fiat" uel „quod factum est, restituatur".

Ulp. 52 (39. 1) 1 § 1:

> . . . si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, . . . erit transeundum ad interdictum „quod in loco sacro religiosoue[7] . . . factum erit".

[1] Vgl. Schmidt, a. a. O. 255.

[2] Nicht etwa auf das Interdikt selbst: denn es heißt „interdicto reddito agi" und vgl. h. t. 3 § 16, Schmidt, a. a. O. 119. 250. Die arbitrarische Formel aber wurde bekanntlich in continenti ediert.

[3] D. (43. 6).

[4] h. t. 1, (1. 8) 9, (48. 13) 13 [11].

[5] Ulp. 68 h. t. 1 § 1, 9 pr.–§ 2.

[6] Ulp. 68 h. t. 1 § 2: Quod ait praetor, ne quid in loco sacro fiat . . . Gai. IV, 159.

[7] Vgl. Ulp. 67 (43. 1) 1 pr.: . . . interdicta . . . de diuinis rebus . . ., ut de locis sacris uel de locis religiosis.

Der Zusammenhalt obiger Stellen ergibt:

1. Wir haben es hier mit zwei Interdikten zu tun, einem prohibitorischen — fr. 1 pr. h. t. — und einem restitutorischen — fr. 2 § 19 (43. 8), fr. 2 § 1 (43. 1).

2. Die Interdikte bezogen sich nicht bloß auf den locus sacer, sondern auch auf den locus religiosus: denn Ulpian in fr. 1 § 1 (39. 1) spricht von einem interdictum „quod in loco sacro religiosoue factum erit". Aller Wahrscheinlichkeit nach aber haben sie sich zugleich auch auf die loca sancta erstreckt. Daß diese letztern als solche Interdiktenschutz genossen, ist nicht zu bezweifeln. Sie waren seiner ebenso bedürftig, wie die loca sacra, religiosa und publica, und fallen doch unter keine dieser Kategorien, sondern werden von den römischen Juristen als dritte Art der res diuini iuris neben die res sacrae und religiosae gestellt;[1] es würde daher keines der auf den Schutz der loca sacra religiosa publica berechneten Interdikte auf sie Anwendung gefunden haben, und es muß also für sie entweder besondere Interdikte gegeben haben oder sie müssen in unsern Interdikten neben den loca sacra und religiosa ebenfalls genannt gewesen sein.[2] Daß letzteres der Fall gewesen, schließe ich aus dem auf unsere Interdikte bezüglichen fr. 9 (1. 8), wo Ulp. 68 die Erörterung der res sanctae (§ 3. 4) mitten in die der res sacrae (pr.–§ 2. 5) eingeschoben hat. Und so ist an das „immittere ueto" unseres prohibitorischen Interdikts zu denken, wenn Marcian in fr. 8 i. f. (1. 8) berichtet:

> In municipiis quoque muros esse sanctos Sabinum recte respondisse Cassius refert, prohiberique oportere ne quid in his immitteretur.

Vgl. auch Ulp. 68 eod. 9 § 4, Paul. sent. 5 (43. 6) 3.

3. Den Interdikten ging die dem gegenwärtigen Paragraphen vorgesetzte Rubrik voraus. So erklärt sich die Art, wie sie in fr. 2 § 1 (43. 1) und in fr. 1 § 1 (39. 1) bezeichnet sind.[3] Solche besondere Rubriken finden sich auch sonst.[4] —

Von Sponsion und Formeln ist nichts erhalten: ob aus Ulp. 68 (1. 8) 9 i. f. „res sacra non recipit aestimationem" auf eine besondere Fassung der condemnatio bei den letztern geschlossen werden darf, ist zweifelhaft (S. 447 n. 2).

[1] Gai. (1. 8) 1 pr., Marcian. eod. 6 § 2, Ulp. eod. 9 § 3.

[2] Für wahrscheinlich hält dies auch Berger, Int. 1655 f., obwohl er die im Text angef. Stellen nicht als voll beweiskräftig gelten lassen will.

[3] Anders Dernburg, Festgaben f. Heffter 107, der in dem „ne quid in loco sacro fiat" ein Stück des Interdikts selbst vermutet und darum die Relation Ulpians in fr. 1 pr. (43. 6) für ungenau hält. Die Bedenklichkeit der letztern Behauptung leuchtet ein.

[4] Man vergleiche die Rubriken „ne quid in loco publico fiat, ne quid in flumine publico fiat, quod ui aut clam factum erit ut restituatur (fr. 1 § 1 de O. N. N.)" u. a. m. mit dem Text der betreffenden Interdikte.

§ 236. DE MORTUO INFERENDO ET SEPULCHRO AEDIFICANDO[1]

Ulp. 68,[2] Paul. 64.[3]

Ulp. 68 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: QUO QUAUE ILLI MORTUUM INFERRE INUITO TE IUS EST, QUO MINUS ILLI EO EAUE MORTUUM INFERRE ET IBI SEPELIRE LICEAT, UIM FIERI UETO.

Ulp. 68 h. t. 1 § 5:

Praetor ait: QUO ILLI IUS EST INUITO TE MORTUUM INFERRE, QUO MINUS ILLI IN EO LOCO SEPULCHRUM SINE DOLO MALO AEDIFICARE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 237. NE QUID IN LOCO PUBLICO UEL ITINERE FIAT.[4]
QUOD IN ITINERE PUBLICO FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR

Ulp. 68,[5] Paul 64,[6] Iulian. 48.[7]

1

Ulp. 68 h. t. 2 pr.:

Praetor ait: NE QUID IN LOCO PUBLICO[8] FACIAS INUE EUM LOCUM IMMITTAS,[9] QUA EX RE QUID ILLI DAMNI DETUR,[10] PRAETERQUAM QUOD LEGE SENATUS CONSULTO EDICTO DECRETOUE PRINCIPUM TIBI CONCESSUM EST.[11] DE EO, QUOD FACTUM ERIT, INTERDICTUM NON DABO.[12]

Das iudicium secutorium ist berührt in fr. 2 § 18 h. t.:

Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caueatur non fieri.

Desgleichen bei Iulian. 48 h. t. 7:

. . . qui aduersus edictum praetoris[13] aedificauerit, tollere aedificium debet.

2

Ulp. 68 h. t. 2 § 20:

Ait praetor: IN UIA PUBLICA[14] ITINEREUE PUBLICO FACERE IMMITTERE[15] QUID, QUO EA UIA IDUE ITER DETERIUS SIT FIAT,[16] UETO.

[1] D. (11. 8). Vgl. Paul. 63 (43. 1) 2 § 1: Interdicta . . . diuini iuris . . . de mortuo inferendo uel sepulchro aedificando.

[2] De mortuo inferendo: h. t. 1 pr.-§ 4, (11. 7) 33; de sepulchro aedificando: h. t. 1 § 5-ult.

[3] De mortuo inferendo: (11. 7) 34, (40. 1) 11 cf. fr. 34 cit., vgl. Papinian. (11. 7) 43.

[4] D. (43. 8).

[5] Ne quid in loco publico fiat: h. t. 2 pr.-§ 19. Ne quid in itinere publico fiat: h. t. 2 § 20-34. Quod factum erit: h. t. 2 § 35-44, (50. 17) 150 = h. t. 2 § 42.

[6] h. t. 1, (50. 17) 151.

[7] h. t. 7, (43. 7) 2.

[8] Ulp. 68 h. t. 2 § 3-5.

[9] Ulp. 68 h. t. 2 § 6-9. Zu fr. 2 § 6 vgl. Schmidt, a. a. O. 20.

[10] Ulp. 68 h. t. 2 § 10-15, Paul. 64 (50. 17) 151 cf. h. t. 2 § 15. 16.

[11] Ulp. 68 h. t. 2 § 16, Paul. 5 sent. (43. 9) 2.

[12] Ulp. 68 h. t. 2 § 17-19, Iulian. 48 h. t. 7.

[13] Gai. IV, 141.

[14] Ulp. 68 h. t. 2 § 21-24. Ad uias urbicas non pertinet: h. t. 2 § 24.

[15] Ulp. 68 h. t. 2 § 25-30.

[16] Ulp. 68 h. t. 2 § 31-33.

Officium iudicis im iudicium secutorium: h. t. 2 § 28. Condemnatio „quanti ea res erit", h. t. 2 § 34:

hoc interdictum perpetuum et populare est condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit.

3

Ulp. 68 h. t. 2 § 35:

Praetor ait: QUOD IN UIA PUBLICA ITINEREUE PUBLICO FACTUM IMMISSUM HABES,[1] QUO EA UIA IDUE ITER DETERIUS SIT FIAT, RESTITUAS.[2]

Condemnatio im iudicium arbitrarium oder secutorium: Ulp. 68 h. t. 2 § 44.

§ 238. UT UIA PUBLICA *ITINEREUE PUBLICO* IRE AGERE LICEAT[3]

Ulp. 68 (43. 8) 2 § 45:

Praetor ait: QUO MINUS ILLI UIA PUBLICA ITINEREUE PUBLICO IRE AGERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

Paul. sent. V, 6 § 2:

Ut interdictum, ita et actio[4] proponitur, ne quis uia publica aliquem prohibeat.

§ 239. DE LOCO PUBLICO FRUENDO[5]

Ulp. 68.[6]

Ulp. 68 h. t. 1 pr.

Praetor ait: QUO MINUS LOCO PUBLICO, QUEM IS, CUI LOCANDI IUS FUERIT, FRUENDUM ALICUI LOCAUIT, EI QUI CONDUXIT SOCIOUE[7] EIUS E LEGE LOCATIONIS[8] FRUI LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 240. DE UIA PUBLICA ET ITINERE PUBLICO REFICIENDO[9]

Ulp. 68.[10]

Ulp. 68 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: QUO MINUS ILLI UIAM PUBLICAM ITERUE PUBLICUM APERIRE REFICERE[11] LICEAT, DUM NE EA UIA IDUE ITER DETERIUS FIAT, UIM FIERI UETO.

Condemnatio „quanti ea res erit" im iudicium secutorium: h. t. 1 § 3.

[1] Ulp. 68 h. t. 2 § 37–42. Utile aduersus eum, qui pro derelicto reliquit: h. t. 2 § 39. Vgl. aber Albertario, riv. Ital. 52, 37.

[2] Ulp. 68 h. t. 2 § 43.

[3] Vgl. Paul. 63 fr. 2 § 1 (43. 1): interdictum „ut uia publica uti liceat".

[4] Secutorium iudicium? So Rudorff, EP § 235. Anders Huschke, iurisp. anteiust. ad. h. l., Ubbelohde, a. a. O. II, 361 f., Fadda, l'az. pop. (1894) 354 f. Interpoliert?

[5] D. (43. 9). Cf. Ulp. 57 (47. 10) 13 § 7. Vgl. Karlowa, RG II, 42.

[6] h. t. 1.

[7] Ulp. 68 h. t. 1 § 2.

[8] Ulp. 68 h. t. 1 § 3.

[9] D. (43. 11).

[10] h. t. 1.

[11] Ulp. 68 h. t. 1 § 1. Vielleicht ist hinter aperire das Wort purgare ausgefallen — arg. h. t. 1 § 1 —: doch ist das nicht gewiß.

§ 241. NE QUID IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FIAT, QUO PEIUS NAUIGETUR.[1] *QUOD FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR*[2]

Ulp. 68.[3]

1

Ulp. 68 h. t. 1 pr.

Ait praetor: NE QUID IN FLUMINE[4] PUBLICO RIPAUE[5] EIUS FACIAS[6] NEUE QUID IN FLUMINE PUBLICO NEUE IN RIPA EIUS IMMITTAS, QUO STATIO[7] ITERUE NAUIGIO[8] DETERIOR SIT FIAT.[9, 10]

Cf. Gai. IV, 159. Exceptio:[11] *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit,* h. t. 1 § 16. Interdicta utilia: fr. 1 § 12. 17 h. t.

2

Ulp. 68 h. t. 1 § 19:

Deinde ait praetor: QUOD IN FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS FACTUM[12] SIUE QUID IN ID FLUMEN RIPAMUE EIUS IMMISSUM HABES,[13] QUO STATIO ITERUE NAUIGIO DETERIOR SIT FIAT, RESTITUAS.

§ 242. NE QUID IN FLUMINE PUBLICO *RIPAUE EIUS* FIAT, QUO ALITER AQUA FLUAT ATQUE UTI PRIORE AESTATE FLUXIT.[14] QUOD FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR[15]

Ulp. 68.[16]

1

Ulp. 68 h. t. 1 pr.

Ait praetor: IN FLUMINE PUBLICO[17] INUE RIPA EIUS FACERE AUT IN ID FLUMEN RIPAMUE EIUS IMMITTERE, QUO ALITER AQUA FLUAT, QUAM PRIORE AESTATE FLUXIT,[18] UETO.[19]

[1] D. (43. 12). De fluminibus. Ne quid etc. Vielleicht haben wir in dem „de fluminibus" wie vorher in der rubr. (43. 7) „de locis et itineribus publicis" Spuren einer im Album selbst gegebenen Einteilung der Interdikte vor uns.

[2] Vgl. Ulp. 52 (39. 1) 1 § 1.

[3] h. t. 1, (50. 16) 59 cf. h. t. 1 § 17.

[4] Ulp. 68 h. t. 1 § 1. 2.

[5] In flumine publico ripaue eius: Ulp. 68 h. t. 1 § 3–10.

[6] Ulp. 68 h. t. 1 § 11.

[7] Ulp. 68 h. t. 1 § 13.

[8] Ulp. 68 h. t. 1 § 14.

[9] Ulp. 68 h. t. 1 § 12. 15.

[10] Nach Dernburg, Festgaben für Heffter 107, wären in dieser Relation die Schlußworte „aduersus ea uim fieri ueto" oder ähnliche weggefallen. M. E. ist zu dieser Annahme kein Grund: das „ne facias" genügte. S. auch Berger, SZ 36, 200[2], der mit Grund auf die Ausdrucksweise in I. (4. 15) § 1 verweist.

[11] Sie ist als Bestandteil der Sponsion oder der Formel aus der Sponsion gedacht. Huschke, ZfgeschRW 13, 321ff., Schmidt, a. a. O. 104, Ubbelohde, a. a. O. I, 474.

[12] *Flor.* fiat. S. aber h. t. 1 § 22 und Schmidt, a. a. O. 155 n. 6.

[13] Ulp. 68 h. t. 1 § 22.

[14] D. (43. 13).

[15] Vgl. Ulp. 52 (39. 1) 1 § 1.

[16] Fr. un. h. t.

[17] Ulp. 68 h. t. un. § 2.

[18] Ulp. 68 h. t. un. § 3–8.

[19] Exceptio: *quod eius ripae muniendae causa non fiet,* h. t. un. § 6. Wie das futurum „fiet" zeigt, ist diese als in das Interdikt selbst eingerückt zu denken. Huschke, ZfgeschRW 13, 322 n. 64, Schmidt, a. a. O. 104.

2

Ulp. 68 h. t. un. § 11:

Deinde ait praetor: Quod in flumine publico ripaue eius factum siue quid in *id* flumen ripamue eius immissum habes,[1] si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, restituas.

§ 243. UT IN FLUMINE PUBLICO NAUIGARE LICEAT[2]

Ulp. 68.[3]

Ulp. 68 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico[4] nauem ratem agere quoue minus per ripam *eius* onerare exonerare liceat, uim fieri ueto. Item, ut per lacum[5] fossam[6] stagnum[7] publicum[8] nauigare liceat, interdicam.[9]

§ 244. DE RIPA MUNIENDA[10]

Ulp. 68.[11]

Ulp. 68 h. t. un. pr.:

Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico ripaue eius opus facere ripae agriue qui circa ripam est tuendi causa liceat,[12] dum ne ob id nauigatio deterior fiat,[13] si tibi damni infecti in annos decem uiri boni arbitratu [uel cautum uel][14] satisdatum est[15] aut per illum non stat, quo minus uiri boni arbitratu [caueatur uel][14] satisdetur, uim fieri ueto.[16]

§ 245. UNDE UI[17]

Ulp. 69, Paul. 65, Gai. 25, Iulian. 48.

1. DE UI[18] (non armata)

Ulp. 69,[19] Paul 65,[20] Gai. 25,[21] Iulian. 48.[22]

[1] Ulp. 68 h. t. un. § 12. 13.
[2] D. (43. 14).
[3] Fr. un. h. t.
[4] Ulp. 68 h. t. un. § 1. 2.
[5] Ulp. 68 h. t. un. § 3.
[6] Ulp. 68 h. t. un. § 5.
[7] Ulp. 68 h. t. un. § 4.
[8] Ulp. 68 h. t. un. § 6.
[9] Utile: quo minus in lacu stagnoue publico piscari liceat: fr. un. § 7 h. t., Schmidt, a. a. O. 18 n. 9. A. M.: Czyhlarz, Eigentumserwerbarten (Forts. v. Glück) I, 69, Ubbelohde, a. a. O. IV, 290ff. Utile de pecore appellendo: fr. un. § 9 h. t., Schmidt, a. a. O. 19.
[10] D. (43. 15). Das edictum uetus de fluminibus retandis — Gell. XI, 17 —, das Rudorff (EP § 240) hier anfügt, dürfte der betreffende Prätor wohl eher unter dem Titel de publicanis proponiert haben.
[11] Fr. un. h. t.
[12] Ulp. 68 h. t. un. § 1.
[13] Ulp. 68 h. t. un. § 2.
[14] *Trib.*, cf. Gradenwitz, bull. 2, 7f.
[15] Ulp. 68 h. t. un. § 3–5.
[16] Utile de ripa lacus fossae stagni munienda: h. t. un. § ult.
[17] D. (43. 16), C. (8. 4). Paul. 63 (43. 1) 2 § 3: Reciperandae possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde ui: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt.
[18] Ulp. (41. 2) 17 pr.: cum interdicto de ui reciperandae possessionis facultatem habeat.
[19] h. t. 1, 3 pr. § 1; (48. 7) 5 cf. h. t. 1 § 2; (50. 17) 152 cf. h. t. 1 § 2. 12. 14, 3 pr.; (43. 1) 3 cf. h. t. 1 § 40; (19. 2) 46, (41. 2) 10 cf. h. t. 1 § 23; (43. 24) 17 — falsch Idem 69 inskribiert — cf. h. t. 1 § 22.
[20] h. t. 2, 9 pr., wahrscheinlich auch (41. 2) 8, 11, (50. 17) 153: die allgemeinen Erörterungen über den Besitz passen am besten zu diesem ersten Besitzinterdikt.
[21] (41. 2) 9 cf. h. t. 1 § 22.
[22] h. t. 17.

Über den Wortlaut des interdictum Unde ui (de ui non armata) haben wir zwei Überlieferungen, die aber beide für die Rekonstruktion des Hadrianischen Albums nicht unmittelbar maßgebend sein können. Die eine — die der Digesten in fr. 1 pr. h. t. — zeigt in der Verwischung des Interdiktcharakters deutlich die Hand der Kompilatoren:

> Praetor ait: Unde tu illum ui deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui ui deiecit peruenerit, iudicium dabo.

Die andere — in verschiedenen Stellen Ciceros[1] — gibt den Wortlaut des Edikts zur Zeit von Ciceros Rede pro Tullio (a. u. c. 682 oder 683) und läßt die Frage offen, welche Veränderungen dieser Wortlaut bis zur Redaktion des Hadrianischen Albums erfahren:

> Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno ui deiecisti, cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret,[2] eo restituas.

Der Wortlaut des Hadrianischen Albums kann nur dadurch ermittelt werden, daß wir beide Überlieferungen mit den Kommentaren, namentlich dem Ulpians vergleichen.

Hier ergibt sich nun zunächst, daß die Kompilatoren den Anfang des Hadrianischen Interdikts in den Worten

> Unde[3] tu illum ui deiecisti aut familia tua deiecit[4]

getreu wiedergegeben haben. Die Abänderung des ältern Interdikts läßt sich im einzelnen nachweisen.[5]

1. „Deiecisti aut . . . deiecit" statt des ältern einfachen deiecisti, vgl. Ulp. 69 h. t. 1 § 11:

> cum „deiecisti" uerbum refertur ad personam eius qui deiecit nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit . . ., consequens fuit addere „aut familia tua deiecit".

[1] Pro Tullio c. 19 § 44. 45, vgl. pro Caec. c. 19 § 55ff., c. 30-32, de lege agr. III, c. 3 § 11. Auct. ad Herenn. IV c. 29 § 40 i. f. S. auch (C. I. L. I, 175 n. 200) lex agraria (a. u. c. 643) lin. 18. Über die bei Cic. pro Tullio überlieferte Parallelformel „unde dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius ui detrusus est" vgl. Keller, semestr. I, 304ff.

[2] Vgl. l. agrar. (a. u. c. 643) lin. 18: [*Sei quis eorum quorum age*]*r supra scriptus est, ex possessione ui eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque ui neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione ui eiec*[*erit*]. Seltsamerweise nimmt Rudorff, EP § 241, die Worte „ab eo qui eum ea possessione ui eiecit" statt des obigen a te in das Interdikt auf, das doch den Dejizienten direkt ansprach.

[3] Ulp. 69 h. t. 1 § 3-8. Vgl. Cic. pro Caec. c. 30 § 87. 88, Paul. sent. V, 6 § 5. Der Passus Ulpians ist ohne Zweifel stark itp. Daß aber das ganze Stück § 4-8 unecht sei (Beseler, II, 30), ist m. E. zuviel behauptet. Vgl. dagegen Riccobono, dal dir. rom. 513, auch Berger, Int. 1678.

[4] Ulp. 69 h. t. 1 § 9-21, Paul. sent. V, 6 § 3. 4. 6, Ulp. 46 (50. 16) 195 § 3.

[5] Vgl. Keller, semestr. I, 311f., dessen hierhergehörige Ausführungen Rudorff sehr mit Unrecht ganz unberücksichtigt läßt.

2. Auf Seite der dejizierenden Partei ist die Erwähnung des procurator gestrichen worden, vgl. Ulp. 69 h. t. 1 § 12:

> Deiecisse autem . . . uidetur, qui mandauit uel iussit, ut aliquis deiceretur.

Cf. h. t. 1 § 13, 14, 3 § 10, (50. 17) 152 § 1. 2.

3. Auf Seite der dejizierten Partei ist die Erwähnung des procurator und der familia gestrichen, vgl. Ulp. 69 h. t. 1 § 22:

> Quod seruus uel procurator uel colonus tenent, dominus uidetur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione uidetur . . .

Cf. h. t. 1 § 46.

Folgten wir bis hierher der Digestenüberlieferung, so sind dagegen die Worte des ältern Interdikts

> in hoc anno . . ., cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret,

obwohl in den Digesten ausgefallen, gleichwohl zweifellos unverändert auch der Hadrianischen Redaktion zuzuschreiben.

1. Die annalis exceptio „in hoc anno“ wird bezeugt durch Ulp. 69 h. t. 1 § 39 „annus in hoc interdicto“. Vgl. auch h. t. 1 pr.

2. Das Erfordernis „cum ille possideret“ wird, hinter dem der deiectio, kommentiert von Ulp. 69 h. t. 1 § 23–26.[1] Zwar will Keller[2] gerade aus fr. 1 § 23 (in Verbindung mit Vat. 91, wo sich eine ähnliche Bemerkung findet) schließen, daß obiges Erfordernis im Hadrianischen Album nicht ausdrücklich genannt, sondern aus dem Erfordernis der deiectio gefolgert worden sei, und in der Tat scheint der Wortlaut der Stelle auf den ersten Blick diese Ansicht zu bestätigen:

> Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deici uisus est quam qui possidet . . .

Allein der Ort, wo wir in Ulpians Kommentar das Erfordernis „possessio“ erläutert finden, entscheidet m. E. gegen Keller,[3] und die Ausdrucksweise Ulpians erklärt sich einfach genug. Wenn nämlich der Jurist hier anmerkt, das Erfordernis des Besitzes liege schon im Begriffe des deici und brauche eigentlich gar nicht besonders ausgedrückt zu sein, so tut er dies deswegen, weil bei dem interdictum de ui armata der Zusatz „cum ille possideret“ fehlte und hier wirklich das Erfordernis des Besitzes nur aus

[1] Hierher gehören auch die Ausführungen über den Prekärbesitz bei Ulp. 69 (41. 2) 10 und (19. 2) 46 und über Besitzerwerb, Besitzverlust und iusta possessio bei Paul. 65 (41. 2) 8, 11, (50. 17) 153. Auf obige Ausführungen weist Ulp. 71 (43. 26) 4 § 1 zurück.

[2] Semestr. I, 313. Gegen ihn, aber nicht ausreichend begründet, Schmidt, Richters Jahrbb. 8, 681, Rudorff in Savignys Besitz (7. Aufl.) 623.

[3] Hätte Keller recht, so würde Ulpian die Ausführungen, die er in fr. 1 § 23–26 gibt, sicher schon an fr. 1 § 9. 10 angeschlossen haben. Er fand aber im Album die Worte „unde . . . deiecit, cum ille possideret“ und kommentiert daher der Reihe nach. A. M. Karlowa, RG II, 1205. Den Vermutungen Riccobonos (SZ 31, 345 [6]) über die Ordnung des Ulpianschen Kommentars vermag ich mich, soweit sie von denen in der Pal. abweichen, nicht anzuschließen.

dem Erfordernis der Dejektion und der Analogie des interdictum de ui cottidiana gefolgert wurde. In älterer Zeit war diese Deutung des interdictum de ui armata nicht unbestritten, und Cic. pro Caec. c. 31 § 90 sucht die entgegengesetzte, seinem Klienten günstigere Ansicht durchzudrücken, wobei er die Position seines Gegners fast mit den Worten Ulpians wiedergibt:

> exoritur . . . illa defensio, eum deici posse, qui tum possideat, qui non possideat, nullo modo posse.

Es leuchtet ein, daß Ulpian volle Ursache hatte, durch Einschärfung des Satzes „deicitur qui possidet" von vornherein allen mißverständlichen Folgerungen aus der Verschiedenheit der Fassung der beiden Interdikte de ui entgegenzutreten.

3. Die exceptio uitiosae possessionis ist bekanntlich von Justinian für unser Interdikt aufgehoben worden.[1] Gleichwohl zeigt Ulpians Kommentar noch deutliche Spuren davon in fr. 1 § 27–30 h. t., wo der Begriff des „ui possidere" und zwar des „ui ab aduersario (fr. 1 § 30) possidere" erläutert wird.

Es bleiben nun nur noch die Schlußworte des Interdikts zu erörtern. Diese lauten im ältern Edikt einfach „eo restituas".[2] Im Julianischen aber lauteten sie, wie auch Rudorff annimmt:[3]

> eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

Das geht zwar nicht aus der Aufnahme der hervorgehobenen Worte in das gefälschte Edikt des fr. 1 pr. hervor, wohl aber daraus, daß Ulpian sie als Bestandteil des prätorischen Restitutionsbefehls, direkt hinter der exceptio uitiosae possessionis, ausführlich kommentiert: fr. 1 § 31–38 h. t. Freilich hat es nach fr. 1 § 32 bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein, als ob die Pflicht zur Restitution der res ablatae nicht auf einer besondern Klausel des Interdikts, sondern lediglich auf Interpretation des „unde deiecisti, eo restituas" beruhe:

> Si fundus, a quo ui expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae uero res, quae ui ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia uerum est ui esse deiectum.

Sieht man indes näher zu, so wird man in den letzten Worten nur den ungenauen Ausdruck des Gedankens erblicken können, daß der Wortlaut des Interdikts im ganzen trotz Restitution des fundus nicht aufhöre zuzutreffen. Das „uerum est ui esse deiectum" ist ja keinesfalls das richtige Motiv der Entscheidung Ulpians. „Ui esse deiectum", das bleibt auch dann wahr,

[1] I. (4. 15) § 6 ict. Gai. IV, 154, Paul. sent. V, 6 § 7.

[2] Cic. pro Caec. c. 30 § 88.

[3] A. M. Keller, semestr. 298f., der die fraglichen Worte nicht dem Interdikt, sondern dem iudicium arbitrarium oder secutorium zuschreibt. Gegen ihn treffend Schmidt, a. a. O. 35 n. 7. Vgl. denselben in Richters Jahrbb. 8, 683f. Karlowa, RG II, 1206, weist die Worte „quaeque ille tunc ibi habuit" einem von ihm vermuteten Edikt über die actio arbitraria zu, nach Ulpians Kommentar m. E. ebenfalls nicht haltbar.

wenn alles restituiert ist. Das wirklich Entscheidende ist, daß der durch die Dejektion geschaffene Zustand bis zur Restitution auch der res ablatae nicht völlig wiederaufgehoben ist, daß Beklagter bis dahin nicht wahrheitsgemäß sagen kann: restitui. Da nun Ulpian den Teil des Interdikts, auf den es unter allen Umständen allein ankam, gar nicht zitiert, so kann seiner Äußerung auch keine Beweiskraft für dessen Wortlaut zugeschrieben werden. Noch möchte man einwenden: Ulpians Bemerkung werde zur Trivialität, wenn man annehme, das Interdikt habe die Restitution der res ablatae ausdrücklich vorgeschrieben. Dem ist nicht so. Es lag auch bei so gefaßtem Interdikt sehr nahe, einem Rechtsmittel, das Dejektion aus einem Grundstück voraussetzte und seinem hauptsächlichen und ursprünglich alleinigen Zwecke nach bestimmt war, dem Dejizierten den Besitz dieses Grundstücks wiederzuverschaffen, nach Rückgabe des Grundstücks die Anwendbarkeit zu bestreiten und den Dejizierten wegen der res ablatae auf den Weg der condictio furtiua oder actio ui bonorum raptorum zu verweisen. Ulpian hatte daher allen Grund, dieser Annahme entgegenzutreten und zu betonen, daß auch der Nebenzweck des Interdikts erfüllt sein müsse, wenn der Dejizient vor ihm sicher sein wolle.

Nach alledem lautete das Hadrianische Interdikt folgendermaßen:

UNDE IN HOC ANNO TU ILLUM UI DEIECISTI AUT FAMILIA TUA DEIECIT, CUM ILLE POSSIDERET, QUOD NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO A TE POSSIDERET, EO ILLUM QUAEQUE ILLE TUNC IBI HABUIT RESTITUAS.

Die formula arbitraria und das iudicium secutorium hatten wohl ganz die gewöhnliche Fassung. Auf das officium iudicis (anschließend an das restituas des Interdikts) geht Ulp. 69 h. t. 1 § 40–42; die auf quanti ea res est[1] gerichtete Kondemnation betrifft Paul. 17 h. t. 6. Vermutlich auf die Sponsion (unde . . . deiecisti) dagegen ist, der Stellung der Paragraphen nach, die erneuerte Erörterung des Begriffs „Dejektion" bei Ulp. 69 h. t. 1 § 45–47 zu beziehen. Diese reproduzierte wahrscheinlich ganz genau das Interdikt; namentlich nannte auch sie das Grundstück, um das es sich handelte, nicht, sondern war auf „unde . . . me deiecisti . . ., eo si me . . . aduersus edictum praetoris[2] non restituisti" gestellt.[3] Die Restipulation dürfte genau korrespondierend gelautet haben: „unde ego te ui deieci . . ., eo si te ex edicto restitui".[4]

Außer dem Interdikt selbst und den zugehörigen Sponsionen und Formeln enthielt das Album weiter noch die Verheißung einer actio in factum für den Fall, daß die Jahresfrist des Interdikts bereits abgelaufen sein sollte, desgleichen wider die Erben.

[1] Savigny, System V, 445, Schmidt, a. a. O. 257.

[2] Cic. pro Caec. c. 29 § 82: nego me ex decreto praetoris restitutum esse.

[3] Vgl. die Erörterungen Ciceros pro Caec. c. 28 § 80f., die sich gerade auf die uerba sponsionis („ostendit . . . uerba ipsa sponsionis facere mecum") beziehen.

[4] Unrichtig ist daher die Konstruktion der Restipulation bei Schmidt, a.a.O. 248. Wegen des „si non restituisti" und „si restitui" vgl. noch Cic. l. c. c. 8 § 33 (restituisse se dixit: sponsio facta est), c. 19 § 55, c. 21 § 60, c. 28 § 80, c. 29 § 82.

Fr. Vat. 312:

... praeses prouinciae, si de possessione te pulsum animaduertit nec annus excessit, ex interdicto „Unde ui" restitui te cum sua causa prouidebit, uel si hoc tempus finitum est, *ad* formulam promissam[1] ... iu*dicem* ... sententiam ferre curabit.

Ulp. 69 h. t. 1 § 48:

Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit in id quod ad eos peruenit.[2]

Vgl. Ulp. 69 h. t. 3 pr. § 1, Paul. 65 h. t. 2, 9 pr. Die Beschränkung der Haftung war ediktal. Albertario,[3] der diese Beschränkung auf Justinian zurückführt, ist m. E. der Beweis dieser These entfernt nicht gelungen. Der Grund, um deswillen post annum nicht mehr das Interdikt gewährt, sondern actio in factum verheißen wird, liegt, wie ich glaube, gerade darin, daß jene Haftungsbeschränkung bei einem Interdikt nicht möglich war. Gar nichts beweist die allerdings zweifellose Itp. in fr. 3 § 12 h. t.; in ihr kommt lediglich die Absicht zum Ausdruck, die Besonderheiten des interd. de ui armata zu beseitigen. Ebensowenig beweisend sind Stellen, wie Vat. 312, in denen die actio i. f. als ein Mittel erscheint, die Restitution des Besitzes zu erlangen. Das war sie sicherlich, auch nach meiner Ansicht. Die Annahme liegt nahe, daß ihre Formel eine Restitutionsklausel enthielt, an deren nisi restituetur sich dann die auf die Bereicherung beschränkte condemnatio anschloß. Nichts besagt es ferner, daß die Kompilatoren hier und da durch Interpolationen die dem weniger redseligen Klassiker selbstverständliche Haftungsbeschränkung besonders einschärfen. Und nicht für, sondern gegen Albertario beweist endlich die Stelle, in der er die Hauptstütze seiner These erblickt, Paul. 1 (44. 7) 35. Der Passus „ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde ui et similibus" ist ohne Zweifel eine Interpolation. Aber die Wahl der beiden Beispiele ist kein Zufall. Hier hatte der Prätor im Edikt die Haftungsbeschränkung ausdrücklich ausgesprochen,[4] und dies bot den Kompilatoren die bequeme Basis für die Aufstellung eines allgemeinen (übrigens gewiß in der Praxis längst anerkannten) Prinzips.

Dem Edikt über diese actio in factum entstammen ohne Zweifel die Worte, die wir jetzt in dem gefälschten Edikt des fr. 1 pr. h. t. finden:

POST ANNUM DE EO, QUOD AD EUM QUI UI DEIECIT PERUENERIT, IUDICIUM DABO.

Die Formel dieser actio ist nicht zu rekonstruieren; sie entsprach aber bis auf das in hoc anno in ihren Voraussetzungen sicherlich genau dem Interdikt.

[1] Vgl. C. (4.49) 17. S. auch fr. 1 § 4 (43.17): restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem.

[2] Durch die Jurisprudenz ausgedehnt auf „si dolo malo eorum factum est, quo minus perueniret". Paul. 65 h. t. 2.

[3] I.L. 46, 298 f., 450.

[4] So auch Levy, Privatstr. 92[1].

Fr. 1 § 15 gewährt, wenn die Dejektion durch Sklaven iniussu domini vorgenommen war, deren Herrn die facultas noxae dedendi. Da dies in dem Wortlaut des Interdikts nicht hervortritt, so nahm ich in den früheren Aufl. an, daß der Satz sich im Weg der Interpretation vermöge des officium iudicis durchgesetzt habe. Allein fr. 1 § 15 ist vom ersten bis zum letzten Worte unecht;[1] es gab keine interdicta noxalia (s. die Einl. zu tit. XLIII unter III).

2. DE UI ARMATA

Ulp. 69.[2]

Das Interdikt de ui armata hat zur Zeit der Rede Ciceros pro Caecina (a. u. c. 685) folgendermaßen gelautet:

> UNDE TU AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS[3] ILLUM[4] UI[5] HOMINIBUS COACTIS[6] ARMATISUE[7] DEIECISTI,[8],[9] EO RESTITUAS.[10]

Hiernach fehlte, im Gegensatz zum Vulgarinterdikt, hier erstens die exceptio *„in hoc anno"*, was uns von Cicero ad famil. XV, 16 § 3 ausdrücklich bestätigt wird, und zweitens die exceptio *„cum ille possideret, quod nec ui nec clam nec precario a te possideret";* daher denn Cicero wiederholt anmerkt, dies Interdikt werde sine ulla exceptione erteilt.[11] Damit will er nicht sagen, daß diesem Interdikt gegenüber keine exceptio gewährt werde,[12] sondern nur, daß es nicht mit den ständigen Exzeptionen des Vulgarinterdikts behaftet sei.

In der Julianischen Ediktredaktion ist die Erwähnung des procurator weggefallen;[13] außerdem wird auch hier statt des „deiecisti" gesetzt worden sein: „deiecisti aut . . . deiecit", und in dem Restitutionsbefehl wird die Erwähnung der res ablatae nicht gefehlt haben, so daß das Interdikt jetzt lautete:

> UNDE TU ILLUM UI HOMINIBUS COACTIS ARMATISUE DEIECISTI AUT FAMILIA TUA DEIECIT, EO ILLUM QUAEQUE ILLE TUNC IBI HABUIT RESTITUAS.

Ulpian kommentiert in fr. 3 § 2–10 das Erfordernis „hominibus armatis

[1] Beseler II, 112, Albertario I. L. 46, 306f., Biondi, a^es^ nox. 86.

[2] h. t. 3 § 2-12.

[3] Cic. pro Caec. c. 19 § 55.

[4] Nicht, wie früher allgemein angenommen wurde (s. namentlich Keller, semestr. 324f., Rudorff, EP § 242), „illum aut familiam aut procuratorem illius": cf. Cic. pro Caec. c. 13 § 37 („a uerbis recedis"). Das interdictum de ui armata hatte also in dieser Hinsicht damals schon die Fassung, die das interdictum uolgare erst später annahm. Es ist dies wohl durch das jüngere Alter jenes Interdikts und die inzwischen mehr fortgeschrittene Jurisprudenz zu erklären.

[5] Cic. pro Caec. c. 14 § 41-c. 17 § 48.

[6] Eod. c. 21 § 59 und sonst oft.

[7] Eod. c. 21 § 60 und sonst oft.

[8] Eod. c. 30 § 88 vgl. c. 13 § 36ff., c. 17 § 49ff., c. 23 § 64ff. Über die ältere Fassung „unde — detrusus est" vgl. c. 17 § 49, s. auch pro Tullio c. 12 § 29.

[9] Hier schieben Keller und Rudorff „qua de re agitur" ein, letzterer mit Berufung auf Cic. pro Caec. c. 29 § 83, eine Stelle, die indes keineswegs als Beleg für jenen Zusatz gelten kann. Gegen Keller auch Schmidt, Richters Jahrbb. 8, 682.

[10] Eod. c. 30 § 88.

[11] Eod. c. 8 § 23, c. 22 § 63, c. 32 § 92. 93.

[12] Eine solche wird von Cicero ad fam. VII, 13 § 2 selbst erwähnt: quod tu prior ui hominibus armatis non ueneris. Vgl. dazu Keller, l. c. 330f.

[13] Ulp. 69 h. t. 3 § 10.

deiecisti".[1] Die Kompilatoren haben diesen Abschnitt, obwohl sein Inhalt für das Justinianische Interdikt nicht mehr erheblich war, aufgenommen, weil der Unterschied zwischen uis armata und non armata doch noch strafrechtliche Bedeutung hatte.[2] Den Kommentar zu „hominibus coactis" haben sie gestrichen, weil hier kein solcher Anlaß zur Aufnahme vorlag. Kommentiert hat Ulpian gewiß auch diese Worte.[3] Das Wegbleiben der exceptio uitiosae possessionis bestätigen Gai IV, 155 und Pompon. h.t. 14.

Zweifelhaft könnte nach Ulp. 69 h. t. 3 § 12:

> Hoc interdictum etiam aduersus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis deiceretur,

scheinen, ob nicht dem „deiecisti" noch ein „doloue malo fecisti quo magis deiceretur" hinzugefügt war. Allein die freie Interpretation des Worts deiecisti in fr. 3 § 10. 11 stellt klar, daß auch fr. 3 § 12 nur Interpretation dieses einen Worts enthält.

Hinsichtlich Sponsion, Restipulation, Formeln ist auf das beim interdictum uolgare Ausgeführte zu verweisen. Eine actio in factum war hier natürlich nicht proponiert, da ja das Interdikt wider den Dejizienten selbst nicht annal war, wider die Erben aber die dem Vulgarinterdikt angefügte actio in factum ausreichte. Die Bemerkung in fr. 3 § 12

> et post annum reddetur in id, quod peruenit ad eum qui prohibuit,

ist handgreiflich ein Machwerk der Kompilatoren,[4] die das interdictum de ui armata mit dem Vulgarinterdikt ausgleichen wollten.

3. SI UTI FRUI PROHIBITUS ESSE DICETUR[5]

Ulp. 69,[6] Paul. 65.[7]

Ulp. 69 h. t. 3 § 15:

> Pertinet . . . hoc interdictum ad eum, qui fundo uti frui prohibitus est.

Vgl. h. t. 3 § 13, Vat. 90. 91.[8]

Die Beschränkung des Interdikts auf den (Quasi)besitzer muß auch

[1] Nicht etwa, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte, die Worte „armis deiecisti", was eine Veränderung des Interdiktwortlauts beweisen würde: man achte darauf, daß Ulpian l. c. durchweg eine Mehrheit von Menschen voraussetzt. Doch braucht man darum das „armis" statt „hominibus armatis" doch nicht auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen, vgl. Pampaloni, stud. Senesi 5, 159 n. 11.

[2] I. (4. 15) § 6.

[3] In EP[2] berief ich mich dafür auf Ulp. 69 (48. 7) 5, wo von Dejektion hominibus *congregatis sine armis* die Rede ist. Die kursiv gedruckten Worte sind aber itp. Vgl. Girard, SZ 34, 328 i. d. Note.

[4] Interdictum reddetur in id quod peruenit ad eum qui prohibuit (statt deiecit)!

[5] Fr. Vat. 91: . . . libro II de interdictis sub titulo „si uti frui prohibitus esse dicetur".

[6] h. t. 3 § 13–ult. Über die Lesart in fr. 3 § 13 s. Rudorff, ZfgeschRW 11, 232 n. 19, Schmidt (von Ilmenau) in Bekkers und Muthers Jahrbb. 3, 256 n. 19, Degenkolb, Platzrecht und Miete 88 n. 1.

[7] h. t. 9 § 1.

[8] Dazu Schmidt, Interdiktenverfahren 21 f.

hier ausgedrückt gewesen sein — arg. Ulp. 69 h. t. 3 § 17 —; ich vermute etwa folgenden Wortlaut:

Quo fundo[1] *in hoc anno tu illum uti frui*[2] *prohibuisti*[3] *aut familia tua prohibuit, cum ille nec ui nec clam nec precario a te uteretur frueretur,*[4] *eo . . . restituas.*[5]

Vom officium iudicis im arbitrarium oder secutorium iudicium handelt Paul. 65 h. t. 9 § 1.

Eine actio in factum war hier nach der Ausdrucksweise in fr. 3 § ult. h. t. nicht proponiert, wurde aber gleichwohl nach Analogie des Vulgarinterdikts gewährt.

§ 246. *NE UIS FIAT EI, QUI DAMNI INFECTI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT*

Ulp. 69,[6] Paul. 65.[7]

Ulp. 69 (43. 4) 4 pr.:

Per interdictum etiam ei subuenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei uis fiat.

Ulp. 69 eod. 4 § 4:

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem.[8]

Das Interdikt hatte die ständige[9] exceptio „si eo nomine ex edicto meo promissum satisue datum[10] non est neque per illum stat, quo minus ita promittatur satisue detur". Ulp. 69 eod. 4 § 1.

§ 247. UTI POSSIDETIS[11]

Ulp. 69,[12] 70,[13] Paul. 65,[14] Gai. 25,[15] Venulei. 1 interd.[16]

[1] Ulp. 69 h. t. 3 § 15. Utile de cenaculo? (39. 5) 27. Die Unberührtheit des Schlusses dieser Stelle wird mit Grund angezweifelt, vgl. Beseler II, 25, III, 137, Albertario, I. L. 45, 472, Partsch, SZ 42, 264[1] u. a. Doch darf man nicht übersehen, daß die Stelle keiner Responsensammlung, sondern einem Quästionenwerk entnommen ist, so daß mit der Möglichkeit ungeschickter Verarbeitung einer breiteren klassischen Ausführung gerechnet werden muß. Ähnlich auch Kist, de Verweerder usw. (1914) 74.

[2] Ulp. 69 h. t. 3 § 16. Utile de usu: fr. 3 § 16 cit.

[3] Ulp. 69 h. t. 3 § 14.

[4] Ulp. 69 h. t. 3 § 17.

[5] Bezüglich der res mobiles vgl. Paul. sent. (7. 1) 60 pr.

[6] (43. 4) 4.

[7] (50. 16) 61.

[8] Itp.? Vgl. Solazzi, I. L. 49, 318.

[9] Fr. 4 § 1 eod. v. „non tenebit interdictum". Bestritten von Schmidt, a. a. O. 96, von der irrigen Voraussetzung aus, das Interdikt habe sich auf alle Fälle der missio, nicht bloß auf die damni infecti nomine, bezogen.

[10] Paul. 65 (50. 16) 61.

[11] D. (43. 17), C. (8. 6). Ulp. 69 h. t. 1 § 4: hoc interdictum, quod uolgo uti possidetis appellatur, . . . consequenter proponitur post interdictum unde ui. Älteste Spur des U. P. in dem SC bei Partsch, Schriftformel 7.

[12] h. t. 1, 3, (50. 16) 60.

[13] h. t. 4, (41. 2) 2, 6, 12, (50. 17) 154. Für das 70. Buch reservierte sich Ulpian die Detailerörterung der exceptio uitiosae possessionis und die utilia interdicta. Auf letztere beziehen sich: h. t. 4, (41. 2) 2, 12 pr. (§ 1 ist Neben- oder Schlußbemerkung). Auf erstere: eod. 6, (50. 17) 154. Die Erörterung

1

Das interdictum Uti possidetis ist uns in zwei leicht voneinander abweichenden Fassungen erhalten. Die eine bei Ulp. 69 h. t. 1 pr.:

> UTI[1] EAS AEDES,[2] QUIBUS DE AGITUR, NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO[3] ALTER AB ALTERO[4] POSSIDETIS,[5] QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, UIM FIERI UETO.[6]

Die zweite bei Festus s. v. possessio:

> UTI NUNC POSSIDETIS EUM FUNDUM, QUO DE AGITUR, QUOD NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS . ADUERSUS EA UIM FIERI UETO.

Ohne Zweifel haben wir in der Relation des Festus eine ältere Fassung des Interdikts vor uns,[7] die späterhin verlassen wurde. Die Fassung des Ulpianschen Berichts wird auch durch Gai. IV, 160 bestätigt, wo es abgekürzt heißt:

> Uti *nunc* possidetis, quo minus ita possideatis, ui*m* fieri ueto.

Freilich aber wird auch im Julianischen Edikt für den fundus entweder ein besonderes Interdikt proponiert oder aber der fundus neben den aedes im selben Interdikt genannt gewesen sein. Ein Aufgeben des alten Musterbeispiels ist schon an sich nicht wahrscheinlich, um so weniger als der fundus sonst überall in den Interdikten die erste Rolle spielt, — man denke z. B. an das interdictum utile Unde ui[8] und das Interdikt Quem fundum.[9] Dazu kommt, daß sowohl bei Gai. IV, 166ª als auch in § 4ª I. (4. 15) bei Besprechung unseres Interdikts die fundi possessio an erster Stelle (vor der aedium possessio) figuriert, daß auch Ulp. 69 in fr. 1 § 7 h. t., wo er anfängt die Interdiktworte einzeln vorzunehmen, gleich sofort von der fundi possessio spricht, und endlich, was ganz entscheidend ist, daß Ulp. 69 in dem zweifellos gerade hierhergehörigen fr. 60 (50. 16) die Worte fundus und locus

des Begriffs clam possidere in fr. 6 cit. darf daher nicht etwa zu einem Schluß darauf verleiten, daß in lib. 70 ein interdictum de clandestina possessione besprochen sei. Vgl. in fr. 6 § 1 cit. die Worte: retinet ergo possessionem. Eine andere Frage ist, ob es nicht gleichwohl einmal ein solches Interdikt gegeben hat; dafür spricht m. E. doch sehr entschieden das vielerörterte fr. 7 § 5 (10. 3). Vgl. zu dieser Stelle einerseits Witte, das interd. U. P. 45. 72, Pflüger, Besitzkl. (1890) 357f., andererseits Savigny, Besitz (7. Aufl.) 456, Karlowa, RG II, 322, Naber (obs. 69), Mnem. 24, 169f., Cuq, manuel des instit. jur. des Rom. 321, Rotondi, Scr. III, 123. Weitere Lit. bei Berger, Int. 1682.

[14] h. t. 2, (50. 17) 155.

[15] (43. 26) 3.

[16] (41. 2) 52.

[1] nunc *ins.?* Vgl. Gai. IV, 160. 166ª, Paul. V, 6 § 1, Partsch, SZ 31, 430. Das Wort ist freilich an sich überflüssig.

[2] Utile: ex quibus proiectum est, h. t. 3 § 6.

[3] Perpetuo insunt: h. t. 1 § 5. 9, 3 pr. Kommentar s. S. 469 n. 13 und ferner Gai. 25 (43. 26) 3.

[4] Paul. 65 h. t. 2.

[5] Ulp. 69 h. t. 3 § 2-10.

[6] Zum Ganzen vgl. noch Diocl. et Max. c. 1 h. t.: Uti possidetis fundum d. q. a., cum ab altero nec ui nec clam nec precario possidetis, rector prouinciae uim fieri prohibebit.

[7] Dernburg, Festg. für Heffter 106ff.

[8] (43. 16) 3 § 15.

[9] Ulp. instit. fr. Vindob. § 4.

ausführlich erläutert. Nach letzterer Stelle ist anzunehmen, daß das Interdikt auch den Schutz des Besitzes an einem bloßen „locus" vorsah.[1]

An das Formular oder die Formulare des Interdikts lehnte sich im Album zunächst der Satz an:

DE CLOACIS HOC INTERDICTUM NON DABO.[2]

Weiter aber ein ziemlich umfangreiches, das fernere Verfahren betreffendes Edikt, dessen Inhalt sich aus dem Bericht des Gai. IV, 166–169 erkennen läßt. Es waren nämlich hier proponiert:

1. Ein Edikt über die fructus licitatio nebst der zugehörigen stipulatio fructuaria, Gai. IV, 166:

> ... (*et uter eorum uicerit*) fructus licitando, is tantisper in possessione co*n*stituitur, si modo aduersario suo fructuaria stipu*latione caue*rit, c*uiu*s uis *et* potestas haec est, ut si contra eum *de possessione* pronun*tiatum f*ueri*t, e*am summam aduersario soluat.

Vgl. Gai. IV, 167–169.[3] Die stipulatio fructuaria ist in fr. 4 § 2 (45. 1) erwähnt; eine Rekonstruktion zu versuchen wäre aussichtslos.[4]

2. Edikt über die Sponsionen und Restipulationen ex interdicto nebst zugehörigen Formularen, Gai. IV, 166:

> ... postea alter alterum sponsione prouocat, quod aduersus edictum praetoris possidenti si*bi u*is facta *sit,* et inuicem ambo restipulantur aduersus sponsionem: uel ... una inter eos sponsio item*que re*stipulatio u*na* ... ad eam fit.

Vgl. Gai. IV, 166a. 167, Ulp. instit. fr. Vindob. § 5. Über die sponsio und restipulatio sind wir ziemlich genau unterrichtet. Der Bericht des Gaius über ihren Inhalt wird bestätigt durch Cic. pro Caec. c. 16 § 45:

> sponsionem facere ..., ni aduersus edictum praetoris uis facta esset.

Ferner aber ist uns in fr. 1 pr. h. t. ein Teil des Edikts erhalten, worin sich der Prätor über die Höhe der Sponsionssumme äußerte:[5]

> Ait praetor: ... neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Augenscheinlich nämlich stand statt des „agere permittam" der Kompilatoren — wann in aller Welt verheißt der Prätor Aktionen auf „neque pluris

[1] Vgl. h. t. 3 § 4. 6. Frontin. de controu. agr., ed. Lachm. 44, 4: De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet.

[2] Ulp. 69 h. t. 1 pr.

[3] Zu Gai. IV, 168, vgl. Paul. 65 (50. 17) 155 pr.

[4] Stilistisch verunglückt — es scheinen einige Worte ausgelassen zu sein — ist die Rekonstruktion Rudorffs, EP § 247, 218.

[5] Die früher herrschende Meinung deutete dies Edikt fälschlich auf das iudicium secutorium. S. z. B. Schmidt, a. a. O. 257, Rudorff, EP § 247, Mommsen in seiner Digestenausgabe ad h. l., Bruns, Besitzklagen 44. 56, Karlowa, RG II, 344, der ganz ernstlich folgende condemnatio für möglich hält: quanti ea res erit, non tamen pluris quam ipsa res erit, c. s. n. p. a.! Weniger deutlich: Keller, ZfgeschRW 11, 308.

quam quanti ea res erit"? — im Edikt: sponsionem facere permittam;[1] die ganze Stelle aber dürfte ursprünglich gelautet haben:

quanti uter iurauerit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri,[2] neque pluris, quam quanti res erit,[3] intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit,[4] sponsionem restipulationemque facere permittam.

3. Edikt über das iudicium Cascellianum siue secutorium nebst dessen Formel, Gai. IV, 166[a]:

iudex . . . requirit . . ., uter eorum eum fundum easue aedes, per id tempus quo interdict*um* redditur, nec ui nec clam nec precario poss*e*der*i*t . cum iudex id explorauerit et forte secundum me iudicatum sit, aduersarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat . . . et hoc amplius, si apud aduersarium meum possessio est, qu*ia* is fructus licitatione uicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano siue secutorio iudicio condemnatur.

Auf die condemnatio „quanti ea res erit" bezieht sich Ulp. 69 h. t. 3 § 11.[5]

4. Edikt über das iudicium fructuarium nebst Formel, Gai. IV, 169:

Admonendi tamen sumus liberum esse ei, qui fructus licitatione uictus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano siue secutorio iudicio de p*ossess*ione reciperand*a* experitur, ita s*imiliter* de fructus licitatione agere: in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solui satis accip*it.*

In dem iudicium fructuarium darf schwerlich mit Schmidt[6] eine einfach auf die Lizitationssumme gerichtete actio in factum concepta erblickt werden; auf diese Weise ist das Wahlrecht zwischen diesem iudicium und der stipulatio fructuaria unerklärlich.[7] Vielmehr ging das iudicium sehr wahrscheinlich auf den Ersatz des durch den Ausgang der fructus licitatio dem Kläger verursachten Schadens[8] (quanti ea res erit), und seine Einführung beruht auf der naheliegenden Erwägung, daß die Lizitationssumme dem Kläger mitunter keine hinreichende Entschädigung für den entbehrten Besitz[9] gewährt hätte, ohne daß ihm doch zugemutet werden konnte, um

[1] Vgl. zur Ausdrucksweise Gai. IV, 171: sponsionem facere permittitur. „Actionem permittam" kommt — interpoliert — in fr. 10 pr. (42. 8) vor, „agere permittam" nirgends.

[2] Gegen den Kalumnieneid Dernburg, Entwickl. u. Begr. des jur. Bes. im r. R. (1883) 22. S. jedoch Ubbelohde, a. a. O. II, 105.

[3] Ähnlich beim Vadimonium: Gai. IV, 186.

[4] Vgl. Ubbelohde, a. a. O. I, 497f., II, 201f. Gegen die Einfügung der Annalklausel an dieser Stelle, aus nicht zureichenden Gründen, Naber (obs. 71) Mnem. 24, 176f.

[5] Schmidt, a. a. O. 256f.

[6] a. a. O. 290.

[7] Über den Zeitpunkt, wo die Wahl zu treffen war, s. Ubbelohde, a. a. O. II, 175.

[8] Darum heißt es bei Gai. l. c. „de fructus licitatione agere".

[9] Man muß dabei nicht bloß an die vom Beklagten gezogenen Früchte denken, die dieser nach Gai. IV, 167 ohnedies herausgeben muß, sondern an die Gesamtheit der Besitzvorteile.

deswillen selbst höher zu bieten.[1] Ein Rekonstruktionsversuch wäre natürlich aussichtslos.[2]

5. Die interdicta secundaria, Gai. IV, 170:

> ... quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparauit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quoru*m uis et potest*as *haec est, ut qui* cetera ex interdicto non faci*at*, ueluti qui uim non faciat aut fructus non lice*at*ur aut qui fructus licitationis sat*is* non d*et* aut si sponsion*es* non faci*at* sponsion*um*ue iudicia non accipiat, siue possidea*t*, restituat aduersario possessionem, *siue non possideat, uim i*lli possiden*ti* n*e* faciat.

Sichere Spuren der secundaria interdicta[3] finden sich in den Digesten nicht. Namentlich gehört nicht etwa hierher[4] Venulei. 1 (41. 2) 52 § 2:

> Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti uim fieri: statim enim cedere aduersarium et uacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere.

Die Stelle dürfte sich einfach auf die prohibitorische Fassung des interdictum Uti possidetis selbst beziehen.[5] Vielleicht auf das uim facere ex interdicto[6] zu deuten ist Paul. 65 (50. 17) 155 § 1:

> Non uidetur uim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur.

Erhebung der Vindikation, kann Paulus sagen wollen, ist kein uim facere: der Vindikant bleibt also trotzdem zum uim facere verpflichtet.

2

Unter den verschiedenen Fällen, in denen das interdictum U. P. als utile erteilt wird,[7] war einer im Edikt ausdrücklich berücksichtigt: der, wo über den Quasibesitz eines Nießbrauchs gestritten wurde, fr. Vat. 90:

> ... interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur ..., quia (*scil.* usufructuarius) non possidet.

Vgl. fr. 27 (39. 5).

Die Fassung ist durch das Beispiel des interdictum de superficiebus — fr. 1 pr. (43. 18) — gegeben:

[1] Vgl. Ubbelohde, a. a. O. II, 172 f., der auch die abweichenden Ansichten erörtert.

[2] Gemacht sind solche von Schmidt, a. a. O. 290, und von Rudorff, EP § 247, 218, beide unhaltbar.

[3] Beachtenswertes über dieselben bei Bekker, Aktionen II, 53 n. 5.

[4] Anders die 1. Aufl. und Rudorff, EP § 247 n. 20. Dagegen Ubbelohde, a. a. O. I, 301 n. 7 b.

[5] Das interdictum U.P. verbietet dem Inhaber der possessio uitiosa, sich der Besitzergreifung des iustus possessor zu widersetzen. Vgl. Pflüger, Besitzklagen (1890) 86.

[6] Über dessen Verhältnis zur deductio quae moribus fit (bei Cic. pro Caec. c. 1, 7, 8, 10, 11, 16, 32) vgl. die Literatur bei Wach in Kellers CP (6. Aufl.) n. 873 und dazu weiter noch Mitteis, SZ 24, 274 f.

[7] Vgl. z. B. h. t. 3 § 4, (47. 10) 14.

Uti eo fundo[1] *q. d. a. nec ui nec clam nec precario alter ab altero utimini fruimini, quo minus ita utamini fruamini, uim fieri ueto.*

Von diesem Interdikt sagt Ulp. 70 fr. 4 h. t.:

In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat.

Daß das Interdikt auch im zweitgenannten Falle erlassen wurde, ist sehr natürlich. Denn, wenn der eine Teil nicht Sachbesitz, sondern bloß tatsächliches uti frui behauptete, konnte der andere Teil mit der Behauptung des bloßen possidere nicht gehört werden — sein possidere wäre ja mit dem uti frui des Gegners durchaus verträglich, also keine Negation der Gegenbehauptung —, vielmehr konnte er nur mit der Behauptung durchdringen, er selbst habe das Grundstück tatsächlich im Genuß gehabt: daraus ergab sich aber von selbst die Formel „uti utimini fruimini".[2]

§ 248. A QUO FUNDUS PETETUR SI REM NOLIT DEFENDERE[3]

Ulp. 70.[4]

I

Paul. 63 (43. 1) 2 i. f.:

Sunt interdicta . . . duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

Ulp. inst. fr. Vindob. § 4:

. . . apiscendae quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem . nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendat*ur*, cogitur ad me transferre possessionem siue numquam possedi siue an*te posse*di, deinde amisi possessionem.

[1] Utile: fr. 14 (47. 10).

[2] Verfehlt sind daher Rudorffs (ZfgeschRW 11, 344, EP § 248) und Albertarios (poss. del superf. 6[1]) Versuche im obigen Fall das Uti possidetis und Uti utimini zu kombinieren. Albertario beruft sich auf die Fassung des int. Quod legatorum utile in Vat. 90. Diese Analogie trifft nicht zu. Der Legatar kann und soll angehalten werden zur Herausgabe *sowohl* der Sachen, die er besitzt, *als auch* derer, die er bloß nutznießt. Dagegen würde die Doppelfrage uter possideat und uter utatur fruatur sehr oft zu entgegengesetzten Entscheidungen führen. Vgl. noch Pflüger, a. a. O. 186, der mit Recht Venul. 1 fr. 52 pr. (41. 2) hierher bezieht. Der in den D. fg. anstößige Satz „idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem" dürfte nicht zu emendieren, sondern als ungeschickte Itp. anzusehen sein. Arangio-Ruiz, strutt. dei dir. etc. (1909) 130f., verdächtigt auch das „inter fructuarios" des Eingangs, da es sich ja nur um zwei Nießbrauchs*prätendenten* handle.

[3] Scaeu. lib. XII quaest. „a quo fundus petetur si rem nolit" (39. 2) 45. Vat. 92 . . . lib. IV de interd. sub titulo „A quo usus fructus petetur, si rem nolit defendere".

[4] (50. 17) 156 pr., (5. 1) 21, (6. 1) 25. Die Stellung des Interdikts im Album ergibt sich aus der Vergleichung des hierhergehörigen fr. 156 pr. (50. 17) mit dem auf das Interdikt de superficiebus bezüglichen § 1 derselben Stelle (= fr. 1 § 4 de superfic.). Die Behauptung Rudorffs, daß das Interdikt bei Ulpian nicht an seinem Platz kommentiert sei (vgl. EP § 244 n. 1), entbehrt des Beweises und ist in der Tat grundlos.

Vgl. Diocl. et Maxim. c. un. (8. 6):

> . . . satisdationis uel transferendae possessionis edicti perpetui forma seruata.

Die Anfangsworte des Interdikts waren — arg. Vat. 92 — zweifellos folgende:

> QUEM FUNDUM *ILLE A TE*[1] UINDICARE *UULT*.

Nach der diesem Paragraphen vorgesetzten quellenmäßig belegten Rubrik ist anzunehmen,[2] daß darauf folgte:

> *SI REM NOLIS*[3] *DEFENDERE, EUM ILLI*[4] *RESTITUAS*.[5]

Damit ist aber selbstverständlich der Inhalt des Interdikts nicht erschöpft: denn zur Restitution ist der Beklagte nur verpflichtet, wenn der Kläger seinerseits Satisdation anbietet.[6] Das Interdikt hatte also gewiß die ständige Exzeption *„si eo nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur"*.[7] Weiter aber ist mir wahrscheinlich, daß auch die Bedingung „quem possides doloue malo fecisti quo minus possideres" im Interdikt (ebenso wie in der actio ad exhib.) zum Ausdruck kam,[8] so daß das Interdikt im ganzen gelautet hätte:

> *Quem fundum ille a te uindicare uult, quem possides doloue malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, eum illi restituas.*

2

Fr. Vat. 92:

> . . . lib. IV de interdictis sub titulo „A quo usus fructus petetur,[9] si rem nolit defendere". Sicut corpora uindicanti, ita et ius satisdari oportet: et ideo necessario *ad* exemplum interdicti Quem fundum proponi etiam ei interdictum „quem usum fructum uindicare uelit"[10] de restituendo usu fructu.

Vgl. fr. 60 § 1 (7. 1)[11] = Paul. sent. V, 6 § 8b.

[1] Wlassak, SZ 42, 442 will hier — wie mir scheint, ohne Not — einschieben: suum esse.

[2] S. auch Rudorff, EP § 244.

[3] Ulp. 70 (50. 17) 156 pr.

[4] S. Berger, Int. 1614 u.

[5] Vgl. Ulp. 70 (5. 1) 21.

[6] Arg. Paul. sent. I, 11 § 1.

[7] Vielleicht ist Paul. 69 (50. 16) 61 — die Stelle ist oben auf das Interdikt Ne uis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit gedeutet worden — hierherzuziehen: die Inskription erlaubt beide Beziehungen.

[8] Zu Ulp. 70 (6. 1) 25 — von mir in EP² falsch gedeutet — vgl. jetzt Grünh. Z. 37, 533.

[9] Darüber, daß auch im umgekehrten Fall „Ad quem usus fructus pertinere negabitur" ein restitutorisches Interdikt zustand, vgl. n. 11. Ob es proponiert war, wissen wir nicht.

[10] Im Interdikt hieß es „uult"; hier werden die Worte in indirekter Rede angeführt.

[11] Die Stelle bedarf nicht der durch Mommsen vorgeschlagenen Verbesserung durch Transposition. Soweit ist Rudorff, ZRG 6, 443 n. 20, im Recht; dessen eigene Erklärung des Fragments scheint mir aber nicht ganz klar. Ich verstehe dasselbe folgendermaßen. Da die actio confessoria des Usufruktuars auch wider den Nichteigen-

§ 249. DE SUPERFICIEBUS[1]

Ulp. 70,[2] Gai. 25.[3]

Ulp. 70 fr. 1 pr. h. t.:

> Ait praetor: UTI EX LEGE LOCATIONIS SIUE CONDUCTIONIS[4] SUPERFICIE,[5] QUA DE AGITUR, NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUI MINI,[6] QUO MINUS *ITA* FRUAMINI, UIM FIERI UETO. SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO.

Die Klassizität dieses Interdikts und des daran anschließenden Edikts ist in neuerer Zeit Gegenstand lebhaften Streits geworden. Das Edikt erklärte zuerst Baviera[7] für unecht, dessen These dann von Albertario aufgegriffen und näher begründet,[8] bald aber wieder fallen gelassen,[9] von Segrè[10] aber gleich anfangs bekämpft wurde. Viel radikaler ging Beseler[11] vor. Nach ihm sind Interdikt und Edikt Justinianisches Machwerk, entstanden durch Umarbeitung des in der Kompilation unterdrückten interd. Uti possidetis utile des Usufruktuars (s. § 247 unter 2.). Ich halte diesen Anzweiflungen gegenüber an der Echtheit sowohl des Interdikts wie des

tümer geht, so wird der Usufruktuar an der Geltendmachung seines Rechts durch einen Streit zwischen zwei Eigentumsprätendenten nicht gehindert; er hält sich an den Besitzer unter beiden. Dieser nun wird die actio confessoria i. d. R., so lange sein eigenes Eigentum nicht feststeht, nicht gerne übernehmen wollen: denn entscheidet sich der Eigentumsprozeß zu seinen Ungunsten, so hätte er sich durch den Nießbrauchsprozeß nur unnütze Mühe und Kosten gemacht. Aber das hilft ihm nichts, da er eben doch der rechte Beklagte ist: wenn er daher rem nicht defendiert, muß er dem Nießbraucher ganz nach der Regel den Besitz herausgeben und dazu — das gehört zur Restitutionspflicht — kavieren, daß er jenen solange im Besitz nicht stören werde, bis über das Nießbrauchsrecht entschieden ist. Analog liegt natürlich die Sache, wenn der Nießbraucher im Besitz ist und vom Eigentumsprätendenten mit der actio negatoria angegriffen wird. Auch er wird den Wunsch haben, den Prozeß bis zum Ende des Eigentumsprozesses zu verschieben, da ihm ja, falls sein Gegner in letzterem unterliegt, sein demselben gegenüber erfochtener Sieg ganz nutzlos wäre, und auch er kann diesen Aufschub nur auf Kosten seines Besitzes erlangen (interim usus fructus eius differtur). Freilich: Kaution wegen des ihm so entgehenden Fruchtgenusses muß dem Beklagten gestellt werden; sonst bleibt er trotz Mangels gehöriger Defension im Besitz. Vorstehende, schon in der 1. Aufl. gegebene, im éd. perpét. II, 224 n. 3 zugunsten der Auslegung Karlowas (RG II, 467) zurückgezogene Deutung glaube ich auf Grund wiederholter Erwägung jetzt festhalten zu sollen. Der Text ist übrigens zweifellos nicht intakt (Beseler I, 57). Die von Arangio-Ruiz, strutt. dei dir. (1909) 119[2] verheißene neue Erörterung desselben ist m. W. bis jetzt nicht erschienen.

[1] D. (43. 18).

[2] h. t. 1, (50. 17) 156 § 1 = h. t. 1 § 4.

[3] h. t. 2.

[4] Venditionis? So Puchta, Curs. d. Instit. § 244 n. b, Rudorff, EP § 249, Degenkolb, Platzrecht und Miete 26. A. M. mit Recht Mommsen, Dig. in h. l. Wahrscheinlich ist „siue conductionis" ein Glossem. Vgl. indessen Gai. 21 (19. 1) 20, eine Stelle, die ihrer Inskription nach — Publikanenedikt — eine gewisse Bedeutung beansprucht.

[5] Degenkolb, a. a. O. 54f.

[6] *Flor.* fruemini.

[7] La leggit. pass nell' a° a. pl. a. (1902) 32f. (scr. giur. I, 177f.).

[8] Il pegno della superf. (1911) 13f.

[9] Riv. Ital. 1911 (Rezension von Beselers Beitr. I) 80f.

[10] Sulle formole (st. Moriani 1905) 42f.

[11] Beitr. I, 100f., III, 169f. Ebenso H. Krüger, d. prät. Serv. 81f., 97.

Edikts fest. In dem Edikt insbesondere sehe ich die nur erst tastende Anbahnung einer Entwicklung — der Entwicklung der Superfizies zum selbständigen dinglichen Recht —, die sich erst in nachklassischer Zeit und zum Teil gewiß erst durch Justinian vollendete und naturgemäß zu zahlreichen Interpolationen in und außerhalb des Titels (43. 18) führen mußte. Für diesen konservativen Standpunkt kann ich mich im ganzen auf die Ausführungen Albertarios in der S. 476 n. 9 angef. Rezension berufen, unter Vorbehalt freilich abweichender Meinung in Einzelheiten. Nicht zugeben kann ich Beseler (III, 169), daß die Worte ex lege locationis mit dem angeblich possessorischen Charakter des Interdikts unvereinbar seien. Nicht nur wer Superfiziarrecht, sondern auch wer Superfiziarbesitz beansprucht, muß sich auf eine lex locationis berufen können; daß diese mit dem Eigentümer des Bodens vereinbart sein müsse, ist in dem Interdikt nicht gefordert; sie kann ebensogut mit dem bloßen Besitzer vereinbart sein. Daß die Kompilatoren einerseits in fr. 1 pr. die Worte „ex lege locationis", andererseits in fr. 1 § 2 die Worte „neque exigit ab eo quam causam possidendi habeat" interpoliert haben sollten, wie Beseler will, scheint mir ganz unmöglich; nur die zweite Interpolationsvermutung ist begründet. In dem Edikt halte ich auch das Wort alia („si qua *alia* actio postulabitur") für echt, dies im Gegensatz zu Albertario. Dieser ist der Meinung, die Interdikte hätten im juristischen Sprachgebrauch nicht als „actiones" gegolten;[1] an ein Interdikt hätte sich daher ein „si *qua alia* actio" nicht anschließen können; demgemäß streicht er die Worte „qua alia" und liest auf Grund von fr. 1 § 3: si actio de superficie postulabitur.[2] M. E. ist jene Meinung nicht begründet. Nicht nur wird bei Cic. pro Caec. das interdictum de ui armata auf Schritt und Tritt actio genannt,[3] was mindestens den populären Sprachgebrauch dartut; auch bei Gai. 4, 155 finden wir die gleiche Terminologie, ebenso in der collatio 16, 3 § 5, wo unter der praetoria actio (nicht actiones) doch sicherlich nur das interdictum quorum bonorum verstanden werden kann, — Stellen, die Albertario entgangen zu sein scheinen. Aber auch für die Digesten ist ihm der Nachweis, daß hier alle Stellen, in denen Interdikte als actio erscheinen, interpoliert seien, m. E. nicht gelungen. So halte ich den Satz „interdicta quoque actionis uerbo continentur" bei Ulp. 4 (44. 7) 37 pr. für ganz sicher echt.[4] Auch bei Ulp. 71 (43. 24) 5 § 11. 12 scheint mir die Verwendung des Wortes actio für ein Interdikt unverdächtig bezeugt. Und schließlich kommen doch auch die sehr zahlreichen Stellen in Betracht, wo die Juristen ohne jedes Bedenken von interdicto *agere* reden.[5]

[1] Der Begründung dieser Meinung hat er eine besondere Abhandlung „Actio" e „Interdictum" (1911) gewidmet.

[2] Vgl. die angef. Rezension S. 85.

[3] Z. B. 11, 32; 12, 33. 34; 13, 37. 39; 14, 40. Darauf macht auch Kist, de Verweerder (1914) 65 n. 2 aufmerksam.

[4] Die Stelle gehört dem Kommentar zum Edikt de edendo an, wo eine derartige Bemerkung gar nicht zu umgehen war.

[5] Belege hierfür sind wohl nicht nötig.

Das Verfahren betreffend vgl. Ulp. 70 h. t. 1 § 2:

> Omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto seruantur, hic quoque seruabuntur.[1]

Die verheißene (aber nicht proponierte)[2] alia actio ist in factum zu konzipieren;[3] nach dem freilich nicht unberührten fr. 1 § 4 i. f. h. t. war auch die exceptio superficiei so konzipiert.

Die utiles actiones (hypothecaria, confessoria, communi diuidundo) in fr. 1 § 6. 8. 9 h. t., fr. 16 § 2 (13. 7) dürften sämtlich itp. sein.

§ 250. DE ITINERE ACTUQUE PRIUATO[4]

Ulp. 70,[5] Paul. 66,[6] Iulian. 48,[7] Venulei. 1 interd.[8]

I

Ulp. 70 h. t. 1 pr.:

> Praetor ait: QUO ITINERE ACTUQUE[9] [priuato],[10] QUO DE AGITUR, [uel uia][11] HOC ANNO[12] NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO AB ILLO[13] USUS ES,[14] QUO MINUS ITA UTARIS, UIM FIERI UETO.[15]

Ulp. 70 (43. 20) 1 § 37:

> . . . de itinere actuque et successoribus[16] dantur interdicta et emptori.

Das Interdikt für den emptor ist kurz zusammengefaßt bei Paul. 63 (43. 1) 2 § 3:

[1] Wie, si alter superficiem alter possessionem sibi defendat? Vgl. Rudorff, EP § 249 n. 3, Witte, Uti poss. 113, Degenkolb, a. a. O. 71 f., Ubbelohde, a. a. O. I, 281, Karlowa, RG II, 1262 f. Nach EP[1] und[2] wäre hier einfach das unveränderte Interdikt de superficiebus zu erteilen gewesen, bei dem nicht bloß an den Fall des Streits zwischen zwei angeblichen Superfiziaren gedacht gewesen sei. Vgl. aber jetzt Partsch, SZ 31, 431, der (43. 17) 3 § 7 i. f. von Gewährung des int. U. P. mit exceptio zugunsten des Superfiziars versteht. Der Passus ist übrigens zweifellos itp. Vgl. Beseler I, 105.

[2] S. Wlassak, Edikt u. Klageform 100.

[3] Savigny, System V, 81 n. i[1]: S. p. A[m] A[m] superficiem in perpetuum conduxisse. Ebenso A. Schmidt, SZ 11, 151. Vgl. oben S. 188 n. 4.

[4] D. (43. 19).

[5] h. t. 1, 3, 5, (8. 5) 3, (19. 1) 35, (50. 17) 156 § 2–4. Fr. 5 h. t. falsch Ulp. 20 inskribiert. Zu (50. 17) 156 § 2 cf. h. t. 3 § 2.

[6] h. t. 2, 6, (8. 6) 5, (50. 16) 29 — itinere actuque, vgl. h. t. 1 § 4.

[7] cit. (8. 5) 2 § 3.

[8] h. t. 4.

[9] Ulp. 70 h. t. 1 § 4, Paul. 66 (50. 16) 29.

[10] Glossem (so Mommsen; and. M. Schmidt, a. a. O. 79 n. 7) oder Itp. Das Wort ist in der Rubrik verständlich, im Interdikt aber überflüssig und bei Ulpian nicht kommentiert.

[11] Glossem (so Mommsen; and. M. Schmidt, a. a. O.) oder Itp. Die uia, die hier nachhinkt, war, wie aus zahlreichen Stellen des Kommentars hervorgeht — vgl. z. B. h. t. 1 § 2. 4. 9 —, im iter actusque inbegriffen. Vgl. auch h. t. 3 § 11.

[12] Ulp. 70 h. t. 1 § 3. Repetita die: h. t. 1 § 9. 10, vgl. Schmidt, a. a. O. 229.

[13] Ulp. 70 h. t. 1 § 11-ult., 3 pr.-§ 2, Paul. 66 h. t. 2.

[14] Ulp. 70 h. t. 1 § 5–10, Paul. 66 (8. 6) 5. Der Usufruktuar kann sagen „usus sum" und hat daher das interd. directum, nicht utile. Vgl. h. t. 3 § 4. 5, (8. 5) 2 § 3.

[15] h. t. 1 § 1.: hoc interdictum prohibitorium est.

[16] d. h. den Universalsukzessoren, aber auch den prätorischen: fr. 1 § 37 cit.

Quo itinere uenditor usus est, quo minus emptor utatur, uim fieri ueto. Genauer wird es gelautet haben:

Quo itinere actuque q. d. a. is, a quo emisti,[1] *hoc anno n. u. n. c. n. p. ab illo usus est,*[2] *quo minus ita utaris, u. f. u.*

Das umgekehrte Interdikt

Quo itinere actuque . . . ab eo, unde ille emit, usus es

war im Edikt nicht verheißen,[3] wurde aber doch wohl auf Antrag erteilt.

Condemnatio („quanti ea res erit") im iudicium secutorium: Ulp. 70 h. t. 3 § 3.

2

Ulp. 70 h. t. 3 § 11:

Ait praetor: Q*uo*[4] ITINERE ACTUQUE HOC ANNO NON UI NON CLAM NON PRECARIO AB *ILLO*[5]. USUS ES, QUO MINUS ID ITER ACTUMQUE, UT TIBI IUS EST,[6] REFICIAS,[7] UIM FIERI UETO. QUI HOC INTERDICTO UTI UOLET, IS ADUERSARIO DAMNI INFECTI, QUOD PER EIUS *OPERIS*[8] UITIUM DATUM SIT, CAUEAT.

Einen Zusatz hinsichtlich der Sukzessoren hatte dies Interdikt nicht: arg. Ulp. 70 h. t. 5 § 2.

§ 251. DE AQUA COTTIDIANA ET AESTIUA[9]

Ulp. 70.[10]

Ulp. 70 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: UTI HOC ANNO AQUAM,[11] QUA DE AGITUR, NON UI NON CLAM NON PRECARIO AB ILLO DUXISTI,[12] QUO MINUS ITA[13] DUCAS, UIM FIERI UETO.[14]

Ulp. 70 h. t. 1 § 29. 37:

Deinde ait praetor: UTI PRIORE AESTATE[15] AQUAM, QUA DE AGITUR, NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO AB ILLO DUXISTI, QUO MINUS ITA DUCAS, UIM FIERI UETO.

ITEM INTER HEREDES *ET* EMPTORES(?)[16] ET BONORUM POSSESSORES INTERDICAM.[17]

[1] Utilia: Ulp. 70 h. t. 3 § 6–10. Vgl. Schmidt, a. a. O. 20 n. 10. Der Käufer kann sich, wenn er will, natürlich auch auf seine eigene Rechtsausübung ausschließlich berufen: hierher vielleicht (50. 17) 156 § 4.

[2] Paul. 66 h. t. 6.

[3] Arg. h. t. 3 § 2. Dazu gegen Savigny, Recht d. Besitzes (7. Aufl.) 488: Rudorff, ebendaselbst 716 n. 166.

[4] *Flor.* qui.

[5] *Flor.* alio.

[6] *Flor.* esset. Zur Sache: Ulp. 70 h. t. 3 § 13. 14. Utile: h. t. 5 § 3.

[7] Ulp. 70 h. t. 3 § 15. 16, 5 pr. § 1, Venul. 1 h. t. 4.

[8] Vgl. Ulp. 70 h. t. 5 i. f.

[9] D. (43. 20).

[10] h. t. 1.

[11] Ulp. 70 h. t. 1 § 2–14. Cottidianam: fr. 1 § 2–4. Perennem: fr. 1 § 5. Quae duci possit: fr. 1 § 6. A capite: fr. 1 § 7. 8 h. t.

[12] Ulp. 70 h. t. 1 § 19–24.

[13] Ulp. 70 h. t. 1 § 15–18.

[14] Ulp. 70 h. t. 1 § 25. Duplex inter riuales: h. t. 1 § 26. Dazu Ubbelohde, a. a. O. I, 286 f. Utile, ne quid in illo fundo faciat . . ., qua ex re aqua . . . corrumpatur deteriorue fiat: h. t. 1 § 27.

[15] Ulp. 70 h. t. 1 § 30–36. Neratius h. t. 6. Utile, si hieme: fr. 1 § 35, si hac aestate: fr. 1 § 36 h. t.

[16] Vgl. Paling. II, 829 n. 4.

[17] Ulp. 70 h. t. 1 § 37: haec uerba . . . etiam ad cottidianam . . . referenda esse.

Ulp. 70 h. t. 1 § 38.

Ait praetor: QUO EX CASTELLO[1] ILLI AQUAM DUCERE AB EO, CUI EIUS REI IUS FUIT,[2] PERMISSUM EST, QUO MINUS ITA UTI PERMISSUM EST[3] DUCAT, UIM FIERI UETO.[4] QUANDOQUE DE OPERE FACIENDO INTERDICTUM ERIT, DAMNI INFECTI CAUERI IUBEBO.[5]

Officium iudicis im iudicium secutorium de aqua cottidiana: h. t. 1 § 23.

Für ein restitutorisches Interdikt neben unserem prohibitorischen[6] war kein Bedürfnis. Wenn es in fr. 1 § 1 h. t. heißt:

Hoc interdictum prohibitorium [et interdum restitutorium] est,

so sind hier die eingeklammerten Worte zweifellos itp.[7]

§ 252. DE RIUIS[8]

Ulp. 70,[9] Paul. 66,[10] Venulei. 1 interd.[11]

Ulp. 70 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: RIUOS[12] SPECUS[13] SEPTA[14] REFICERE[15] PURGARE[16] AQUAE DUCENDAE CAUSA[17] QUO MINUS LICEAT ILLI, DUM NE ALITER AQUAM DUCAT, QUAM UTI PRIORE AESTATE[18] NON UI NON CLAM NON PRECARIO A TE DUXIT,[19] UIM FIERI UETO.[20]

§ 253. DE FONTE[21]

Ulp. 70.[22]

Ulp. 70, h. t. 1 pr.:

Praetor ait: UTI DE EO FONTE, QUO DE AGITUR, HOC ANNO AQUA NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO AB ILLO USUS ES, QUO MINUS ITA UTARIS, UIM FIERI UETO. DE LACU PUTEO PISCINA ITEM INTERDICAM.[23]

Ulp. 70 h. t. 1 § 6:

Deinde ait praetor: QUO MINUS FONTEM QUO DE AGITUR PURGES REFICIAS, UT AQUAM COERCERE UTIQUE EA POSSIS, DUM NE ALITER UTARIS, ATQUE UTI HOC ANNO NON UI NON CLAM NON PRECARIO AB ILLO USUS ES,[24] UIM FIERI UETO.

[1] Ulp. 70 h. t. 1 § 39–41.

[2] Ulp. 70 h. t. 1 § 42. Lex Ursonit. c. 100.

[3] Ulp. 70 h. t. 1 § 43. 44.

[4] Wegen der Sukzessoren (auf die das ius impetratae aquae nicht übergeht) vgl. Frontin. de aquaeduct. c. 107.

[5] Cf. edict. Augusti de aquaed. Venafrano lin. 28. 29: dum ob eas res iurato promittatur.

[6] Vermutet von Karlowa, RG II, 510f.

[7] S. Berger, SZ 36, 208f.

[8] D. (43. 21).

[9] h. t. 1, 3.

[10] h. t. 2.

[11] h. t. 4.

[12] Ulp. 70 h. t. 1 § 2. Riu*um*?

[13] Ulp. 70 h. t. 1 § 3.

[14] Ulp. 70 h. t. 1 § 4. Incilia fossas puteos: h. t. 1 § 5 (auch diese scheinen im Interdikt genannt gewesen zu sein).

[15] Ulp. 70 h. t. 1 § 6.

[16] Ulp. 70 h. t. 1 § 7.

[17] Ulp. 70 h. t. 1 § 8.

[18] Oder: hoc anno, Ulp. 70 h. t. 1 § 9.

[19] Ulp. 70 h. t. 1 § 10. 11, 3 pr.–§ 2, Paul. 66 h. t. 2, Venulei. 1 h. t. 4.

[20] Utilia: Ulp. 70 h. t. 3 § 6. 7.

[21] D. (43. 22).

[22] Fr. un. h. t.

[23] Zum Ganzen: Ulp. 70 h. t. 1 § 1–5. Zu fr. 1 § 2 h. t. vgl. (43. 20) 1 § 18.

[24] Ulp. 70 h. t. 1 § 8. 9.

Ulp. 70 h. t. 1 § 10:

Sed et de lacu puteo piscina reficiendis purgandis interdictum competit (redditur *scr.*?).

§ 254. DE CLOACIS[1]

Ulp. 71,[2] Venulei. 1 interd.[3]

Ulp. 71 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: QUO MINUS ILLI CLOACAM,[4] QUAE EX AEDIBUS EIUS IN TUAS[5] PERTINET,[6] QUA DE AGITUR, PURGARE REFICERE LICEAT, UIM FIERI UETO. DAMNI INFECTI, QUOD OPERIS UITIO FACTUM SIT, CAUERI IUBEBO.[7]

Ulp. 71 h. t. 1 § 15:

Deinde ait praetor: QUOD IN CLOACA PUBLICA FACTUM SIUE [EA] IMMISSUM HABES, QUO USUS EIUS DETERIOR SIT FIAT, RESTITUAS. ITEM NE QUID FIAT IMMITTATURUE, INTERDICAM.[8]

Wahrscheinlich hatte der Prätor neben obigen Interdikten noch ein weiteres — restitutorisches — de cloacis priuatis proponiert.[9]

§ 255. [*A QUO SERUITUS PETETUR SIUE AD EUM PERTINERE NEGABITUR, SI REM NOLIT DEFENDERE*]

Die Grundsätze des interdictum Quem fundum galten entsprechend auch im Prozeß um Realservituten.

Paul. sent. V, 6 § 8^{c} = (43. 20) 7:

Si de uia itinere actu aquae ductu agatur,[10] huiusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. quod si neget ius esse aduersario agendi aquae ducendae,[11] cauere sine praeiudicio amittendae seruitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum.

Afric. (39. 1) 15:

Si prius quam aedificatum esset, ageretur ius uicino non esse aedes altius tollere nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cauere iuberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere. idemque e contrario, si, cum quis agere uellet ius sibi esse inuito aduersario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cauere aduersarium iuberet, nec opus nouum se nuntiaturum nec aedificanti uim facturum. [eaque ratione

[1] D. (43. 23).
[2] h. t. 1.
[3] h. t. 2.
[4] Ulp. 71 h. t. 1 § 3. 4. 6.
[5] Ulp. 71 h. t. 1 § 8. 9. Utile, si in aream, agrum etc.: l. c.
[6] Ulp. 71 h. t. 1 § 10.
[7] Ulp. 71 h. t. 1 § 14.
[8] Utile prohibitorium de noua facienda? Venulei. h. t. 2.
[9] h. t. 1 § 1, Karlowa, RG II, 515.
[10] Scil. *confessoria actione nec res defendatur*. Vgl. Rudorff, EP § 246 n. 1.
[11] Scil. *nec res defendatur*.

hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere].[1]

Scaeu. lib. XII quaest. „a quo fundus petetur, si rem nolit" (39. 2) 45: Aedificatum habes: ago tibi ius non esse habere: non defendis . ad me possessio transferenda est, non quidem, ut protinus destruatur opus . . ., sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.

Obige Stellen[2] machen es wahrscheinlich, daß für den in der Rubrik dieses Paragraphen bezeichneten Fall ein dem Interdikt Quem fundum entsprechendes Interdikt erteilt wurde. Eine Spur desselben in den Kommentaren findet sich nicht. Es muß dahingestellt bleiben, ob es im Album proponiert war oder, wie man aus der Inskription von fr. 45 cit. schließen könnte, lediglich auf die Analogie des interdictum Quem fundum gestützt wurde. Stand es im Album, so stand es vermutlich am Schlusse der interdicta de seruitutibus, ganz wie das Interdikt Quem fundum den Schluß der Interdikte de rebus soli bildet.

Das Interdikt muß bei seruitutes rusticae immer prohibitorisch gedacht werden; bei seruitutes urbanae bald restitutorisch, bald prohibitorisch, je nachdem ein dem geltend gemachten Recht widersprechender Zustand bereits hergestellt war oder nicht.[3]

§ 256. QUOD UI AUT CLAM FACTUM ERIT, UT RESTITUATUR[4]

Ulp. 71,[5] Paul. 67,[6] Iulian. 48,[7] Venulei. 2 interd.[8]

Ulp. 71 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: QUOD[9] UI[10] AUT[11] CLAM[12] FACTUM EST,[13] QUA DE RE AGITUR, ID, *SI NON PLUS QUAM ANNUS EST* CUM EXPERIENDI POTESTAS EST,[14] RESTITUAS.[15]

[1] Der Schlußsatz ist itp., vgl. de Medio, arch. giur. 68, 239, Beseler, II, 120, III, 93.

[2] Nicht haltbar scheint mir ihre Auslegung bei Karlowa, RG II, 468.

[3] Auch Burckhard, die O.N.N. (Forts. von Glück, S. der Bücher 39. 40) I 353 ff., nimmt zwiefache Fassung nach Verschiedenheit der Fälle an.

[4] D. (43. 24). Vgl. (39. 1) 1 § 1: interdictum „quod ui aut clam factum erit, ut restituatur". Cic. pro Tull. c. 23 § 53.

[5] h. t. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, (50. 17) 157 pr. = h. t. 11 § 7. Fr. 5 h. t. falsch Ulp. 70 inskribiert.

[6] h. t. 6, 16, (43. 1) 4, (39. 1) 17 falsch Paul. 57 inskribiert.

[7] h. t. 14 (falsch Iul. 68 inskribiert), cit. (18. 2) 4 § 4, 6 pr. cf. h. t. 11 § 10. Mommsen hat in fr. 4 § 4 mit Unrecht die vom Korrektor des Flor. beseitigte falsche Lesart Iulian. 88 aufgenommen.

[8] h. t. 2, 4, 8, 10, 12, 22.

[9] In solo: Ulp. 71 h. t. 1 § 4, 7 § 5 ff., Paul. h. t. 20 § 4.

[10] Ulp. 71 h. t. 1 § 5–ult., 3 pr.–§ 6, Venul. 2 h. t. 2, Paul. h. t. 20 pr.–§ 3. Exceptiones: Ulp. 71 fr. 3 § 2 ff.

[11] Ulp. 71 h. t. 11 § 5.

[12] Ulp. 71 h. t. 3 § 7. 8, 5 pr.–§ 7, Venul. 2 h. t. 4.

[13] Ulp. 71 h. t. 5 § 8–ult., 7 pr. § 1, Paul. 67 h. t. 6. Utile wider Tutor oder Kurator, si eius iussu factum est? Ulp. 71 h. t. 11 § 6 ict. 5 § 10. Warum sollte aber hier nicht das directum genügt haben? Interpolation? Vgl. Ubbelohde, a. a. O. II, 48 f.

[14] Ulp. 71 h. t. 15 § 4–6. Causa cognita remittitur: h. t. 15 § 5. In den Digesten sind die Worte „si non plus quam annus est" durch Abschreiberversehen ausgelassen. Gegen Stölzels nicht überlegten Vorschlag statt „id" zu lesen „intra annum" vgl. Schmidt, krit. Vjschr. 7, 289 f., Rudorff, EP § 257 n. 7.

[15] In heredem ceterosque successores

Bei Erlassung des Interdikts in concreto wurde der Ort des opus factum angegeben,[1] nicht dagegen, wenigstens nicht regulärerweise, die Person des Täters.[2]

Es fällt auf, daß der überlieferte Interdiktstext keine Andeutung weder über die Passiv- noch über die Aktivlegitimation enthält, und so liegt es nahe, die Vollständigkeit dieses Textes anzuzweifeln.[3] Aber Stellen, wie fr. 5 § 8. 13 h. t., die behufs Bestimmung der Passivlegitimation durchaus nur an das „Quod ui aut clam factum est" anknüpfen, mahnen hier zur Vorsicht.

Von der formula arbitraria oder dem iudicium secutorium handelt ex professo: Ulp. 71 h. t. 15 § 7–12. Das „neque ea res . . . restituetur" liegt zugrunde und klingt zum Teil sehr deutlich an in Ulp. 71 h. t. 7 § 1, 15 § 7. 8. 10. 11, Venul. 2 h. t. 22 § 2, Pompon. h. t. 21 pr., vgl. ferner: Ulp. 71 h. t. 7 pr. § 3 i. f., 13 § 7, Paul. 67 h. t. 16 § 2, Iulian. h. t. 14, Paul. (22. 1) 38 § 11, (43. 1) 5. Auf das „quanti as res erit" der Kondemnation gehen Ulp. 71 h. t. 15 § 7. 9.[4] 12, Paul. (43. 16) 15.

Formula arbitraria und sponsio sind erwähnt bei Cic. pro Tullio c. 23 § 53:

> . . . si hodie postulem, quod ui aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est.

Wo das Interdikt wegen der Handlung eines Gewaltunterworfenen erteilt wird, ist es nach den Digesten noxal.[5] Dem widerspricht aber die Fassung und das im übrigen sicher bezeugte Recht des Interdikts. Es gibt überhaupt keine interdicta noxalia (s. oben S. 451 unter III). Die facultas noxae dedendi ist hier, wie beim int. Unde ui, hineininterpoliert.[6]

§ 257. *SI OPUS NOUUM NUNTIATUM ERIT*

Ulp. 71, Iulian. 49.

(1. *De remissionibus*)

Ulp. 71,[7] Iulian. 49.[8]

Ulp. 71 h. t. 1 pr.:

datur in id, quod ad eos peruenit: Ulp. 71 h. t. 15 § 3 (itp.). Exceptio: quod non tu ui aut clam feceris, Ulp. 71 h. t. 7 § 3, Venulei. 2 h. t. 22 § 2.

[1] Venulei. 2 h. t. 22 § 4.

[2] arg. Ulp. 71 h. t. 5 § 8, 11 § 6. S. S. 482 n. 13.

[3] Vgl. Partsch, SZ 31, 433. Berger, Int. 1622, vermißt vor restituas das bei den Privatinterdikten übliche illi, das mir aber zu dem restituas gerade dieses Interdikts nicht zu passen scheint.

[4] Zu fr. 15 § 9 vgl. fr. 7 § 4 h. t. v. „simpli (simpliciter? Schmidt, Interdiktenverf. 255 n. 6) litem aestimandam" (der Gegensatz ist die Schätzung durch Eid des Klägers). Anders Ubbelohde, a. a. O. II, 144 ff.

[5] Vgl. (43. 1) 5 und (5. 3) 40 § 4.

[6] S. die Ausführungen Biondis, a^es nox. 69. 78 f., zu den n. 5 angef. Stellen.

[7] Fr. un. (43. 25), (10. 3) 12.

[8] (39. 1) 2, 14, cit. eod. 5 § 16; (8. 1) 16 cf. (43. 25) 1 i. f.

Ait praetor: QUOD IUS SIT ILLI PROHIBERE, NE SE INUITO FIAT,[1] IN EO NUNTIATIO TENEAT. CETERUM NUNTIATIONEM MISSAM FACIO.[2]

Die Bedeutung des Remissionsdekrets ist höchst bestritten. Burckhard,[3] dem ich in der 1. Aufl. folgte, hält es für ein an den Nuntiaten gerichtetes prohibitorisches Interdikt, das an Stelle der in ihrer unbedingten Wirkung beseitigten Nuntiation trete: die Verwandlung des unbedingten Privatverbots in ein bedingtes prätorisches Verbot. Karlowa[4] (und ihm folgend EP[2]) erblickt die Wirkung des Dekrets lediglich darin, daß nunmehr in ein etwaiges interdictum demolitorium auf Antrag des Nuntiaten die exceptio „qua de re operis noui nuntiationem ille praetor non remiserit (oder: non remisero)" eingefügt wurde, von der wir durch c. 19 i. Anf. der lex Rubria wissen. Diese exceptio habe, vermöge der bedingten Fassung des Remissionsdekrets, den Nuntianten zum Nachweis seines ius prohibendi genötigt. Seither ist die Frage wiederholt Gegenstand der Erörterung gewesen,[5] ohne dadurch ihrer Lösung näherzurücken. Auf diese Erörterungen einzugehen, muß ich mir hier versagen. Sie sind aber für mich Anlaß gewesen, das ganze Problem von neuem durchzudenken. Ich begnüge mich damit, im folgenden meine heutige Auffassung darzulegen. Vorweg: was wir in fr. 1 pr. h. t. lesen, ist ein Remissions*dekret,* und nicht, wie Berger[6] will, ein *Edikt* über die Remission; das beweist schon der Gebrauch des Präsens, nicht des Futurums. Gab es auch ein *Edikt* über die Remission, so stand es unter der Rubrik de O. N. N., nach dem freilich nicht unverdächtigen Bericht in (39. 1) 1 pr. Unser Formular war ferner nur eines von mehreren, h. t. 1 § 1: sub hoc titulo remissiones proponuntur. In den Abschnitt von den Interdikten werden diese Formulare deshalb geraten sein, weil das sog. int. demolitorium auf die Remission Bezug nimmt. Wie die übrigen Formulare gelautet haben, läßt sich erraten. Die O. N. N. fand ja nicht bloß um eines ius prohibendi willen statt, sondern auch damni depellendi causa (ut damni infecti caueatur nobis) und publici iuris tuendi gratia.[7] In diesen Fällen mußte das Remissionsdekret notwendig anders gefaßt sein. Ob Remission auch wegen formeller Mängel oder Unfähigkeit der nuntiierenden Person erbeten werden konnte, oder ob in solchem Falle einfach das Vor-

[1] Ulp. 71 fr. un. § 3-5 (43. 25), (10. 3) 12.

[2] Für „commentitium" hält das hier referierte Dekret Naber (obs. 12), Mnem. 19, 121 f., m. E. ohne ausreichenden Beweis. Eine andere Frage ist, ob der Kommentar ganz unverändert geblieben ist. Auch in Mnem. 50, 358 f. hält Naber an seiner Ansicht fest.

[3] Die O.N.N. (Forts. v. Glück, S. der Bücher 39. 40) I 297 f., wo auch die abweichenden Ansichten referiert und besprochen sind. Gegen ihn außer den im folgenden Genannten Bonfante in der ital. Übers. des Glückschen Komm. zu Buch 39, 1 S. 242 i.

[4] RG II, 1227 f. Über die ebenfalls bestrittene Frage, ob im Remissionsverfahren vor dem Prätor vom Remissionssucher Kaution geleistet werden muß, vgl. S. 485.

[5] Martin, ét. Girard I, 123 f. (1912), Henle, Unus casus (1915) 99. 111 f., Berger, Int. 1671 f., 1676 f., Biondi, bull. 29, 235 f. (beide gegen Martin), Naber, Mnem. 50, 343 f. Das von Henle 113 den Römern zugetraute „Stück" scheint mir doch allzu „stark".

[6] a. a. O. 1672, s. auch Martin, a. a. O. 165[1].

[7] Ulp. 52 (39. 1) 1 § 16. 17.

handensein einer „nuntiatio“, einer giltigen nämlich, verneint wurde, ist bestritten,[1] kann aber für unsern Zweck dahingestellt bleiben. Handelt es sich nun in fr. 1 pr. h. t. um ein Dekret, so kann es, wenn man von dem letzterwähnten Fall absieht, keinem Zweifel unterliegen, daß die ediktmäßige Remission nur bedingt erfolgte;[2] denn unser Dekret hebt die Nuntiation nur soweit auf, als der Nuntiant kein ius prohibendi hat; und an entsprechende Bedingungen wird die Remission auch bei der O. N. N. damni depellendi und iuris publici tuendi causa geknüpft gewesen sein. Das Problem ist: was bezweckte und bewirkte diese bedingte Remission?[3] In Burckhards und Karlowas Ansichten steckt trotz unzutreffender Formulierung ein richtiger Kern. Nach dem Wortlaut des int. demolitorium hatte der Nuntiat sein nach der Nuntiation errichtetes Bauwerk nur insoweit zu beseitigen, als es *vor* der remissio errichtet ist.[4] Nun ist das Remissionsdekret (s. ob.) mit einer negativen condicio in praesens relata behaftet: die Wirkung der nuntiatio soll aufrecht bleiben, soweit der Nuntiant ein ius prohibendi hat; aufgehoben wird sie nur, soweit er keines hat. Folge des Remissionsdekrets war also, daß der Geschworene im Interdiktsprozeß über Bestehen oder Nichtbestehen des ius prohibendi zu kognoszieren hatte. Bejahendenfalls mußte ihm das Remissionsdekret als von Anfang an wirksam, sonst als von Anfang an unwirksam gelten. Der Nuntiat konnte also nach Erwirkung des Remissionsdekrets zwar weiterbauen, aber auf die Gefahr hin den Bau, falls er unterlag, wieder niederreißen zu müssen. Eine weitergehende Wirkung konnte der Nuntiat nur dadurch erzielen, daß er die in § 291 zu besprechende satisdatio ex o. n. nuntiatione leistete oder sich zu leisten erbot. Diese wirkte wie eine sofortige unbedingte Remission.[5] Die Anwendung des int. demolitorium war ausgeschlossen.[6] Der Nuntiat konnte nun jede Hinderung seiner Bautätigkeit mittels des unter 3 angef. prohibitorischen Interdikts zurückweisen und weiterbauen, bis der Nuntiant mittels actio in rem sein ius prohibendi rechtskräftig durchgesetzt hatte.[7] Der bloße Remissionsantrag also beließ dem Nuntianten noch das schleunige Rechtsmittel des Interdikts — freilich mit der schwierigen Beweislast und unter der Gefahr, daß der seiner Sache sichere Beklagte es auf das gefährliche agere per sponsionem ankommen ließ —, die satisdatio entzog es ihm.

[1] Vgl. u. a. Berger, a. a. O. 1674 unt.

[2] Anders Berger a. a. O. 1673, auch Naber, Mnem. 50, 359.

[3] M. E. genügte zu ihrer Erwirkung ein einfacher Antrag, so wie heute ein gerichtlicher Zahlbefehl durch einfachen Widerspruch entkräftet wird.

[4] Möglich (so schon Stölzel, a. a. O. 235), daß die Klausel antequam usw. ursprünglich nicht in dem Interdiktsformular stand und daß damals der Nuntiat, der sich auf remissio berufen wollte, eine besondere exceptio beantragen mußte. So würde sich der Eingang der l. Rubria, auf den sich Karlowa beruft, gut erklären.

[5] Plane si satisdatum est, exinde remissio facta est. (43. 25) 1 § 2. Die letzten vier Worte sind keineswegs mit Mommsen zu streichen.

[6] Kraft der Klausel „antequam in ea causa esset, ut remitti deberet“, die m. E. auf eine Ediktsbestimmung hinweist. Vgl. Ulp. 71 (39. 1) 20 § 4. 5.

[7] Eine derartige rechtskräftige Entscheidung konnte mittels des int. demolitorium selbstverständlich niemals herbeigeführt werden.

2. (*Quod ante remissionem factum erit*)

Ulp. 71.[1]

Ulp. 71 (39. 1) 20 pr.:

Praetor ait: QUEM IN LOCUM[2] NUNTIATUM EST, NE QUID OPERIS NOUI FIERET, QUA DE RE AGITUR, QUOD IN EO LOCO, ANTEQUAM NUNTIATIO MISSA FIERET[3] AUT IN EA CAUSA ESSET, UT REMITTI DEBERET,[4] FACTUM EST,[5] ID RESTITUAS.[6]

Auf das „aduersus edictum praetoris" der Sponsion deuten Ulp. 52 (39. 1) 5 § 4, Papinian. eod. 18 pr., Marcell. eod. 22. In fr. 20 § 1 eod. steht statt dessen gleichbedeutend[7] „contra interdictum praetoris".

3. (*Si satisdatum erit*)

Ulp. 71.[8]

Ulp. 71 (39. 1) 20 § 9:

Deinde ait praetor: QUEM IN LOCUM NUNTIATUM EST, NE QUID OPERIS NOUI FIERET, QUA DE RE AGITUR, SI DE EA RE SATISDATUM EST, QUOD EIUS CAUTUM SIT,[9] AUT PER TE STAT, QUO MINUS SATISDETUR:[10] QUO MINUS ILLI IN EO LOCO OPUS FACERE LICEAT,[11] UIM FIERI UETO.

§ 258. DE PRECARIO[12]

Ulp. 71,[13] Gai. 26,[14] Iulian. 49,[15] Venulei. 3 interd.[16]

Ulp. 71 h. t. 2 pr.:

Ait praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES[17] AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE,[18] QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS.[19]

Von der formula arbitraria (oder dem iudicium secutorium) handelt Ulp. 71 h. t. 8 § 4–6. Condemnatio „quanti ea res erit": h. t. 8 § 4. Vgl. noch Paul. sent. V, 6 § 10:

[1] (39. 1) 20 pr.–§ 8.

[2] Ulp. 71 eod. 20 § 2.

[3] Über die exceptio „qua de re operis noui nuntiationem II uir IIII uir praefectusue eius municipii non remiserit" — l. Rubria c. 19 — vgl. S. 485 [4].

[4] Ulp. 71 eod. 20 § 4. 5. vgl. 21 § 1.

[5] Ulp. 71 eod. 20 § 3. Vgl. Paul. (50. 16) 81.

[6] Actio in factum aduersus heredes? Ulp. 71 eod. 20 § 8. Vgl. Levy, Privatstr. 94 [5], de Francisci, Synall. II, 160, Biondi, a[es] nox. 93, Guarneri-Citati, misc. 38.

[7] Ubbelohde, a. a. O. II, 92 n. 8.

[8] (39. 1) 20 § 9-ult. Hierher vielleicht auch das fälschlich Ulp. 70 inskribierte fr. 79 (45. 1), s. n. 9.

[9] Ulp. 71 (45. 1) 79.

[10] Ulp. 71 (39. 1) 20 § 12–15.

[11] Vgl. (3. 3) 45 § 2.

[12] D. (43. 26), C. (8. 9). Interdictum „de precariis": Paul. h. t. 14. Interdicto proposito: C. h. t. 2.

[13] h. t. 2, 4, 6, 8, (19. 2) 14 cf. h. t. 4 i. f., 6 pr., (39. 5) 18, (50. 17) 157 § 1. 2 cf. h. t. 8 § 3. 8.

[14] h. t. 9.

[15] h. t. 19.

[16] h. t. 7, 22.

[17] Ulp. 71 h. t. 2 § ult., 4, 6, 8 pr.–§ 2, Gai. 26 h. t. 9, Iulian. 49 h. t. 19 pr. § 1, Venulei. 3 h. t. 7, 22. Ab illo: h. t. 8 pr.–§ 2, 12 § 1. Interdicto „quod precario habet": (8. 4) 17.

[18] Ulp. 71 h. t. 8 § 3, (50. 17) 157 § 1. S. auch h. t. 8 § 5.

[19] Ulp. 71 h. t. 8 § 4. Aduersus heredes: Ulp. 71 h. t. 8 § 8, Papinian. (44. 3) 11, Diocl. et Max. C. h. t. 2, vgl. Schmidt, a. a. O. 166. De peculio et de in rem uerso: Pompon. h. t. 13 i. f.

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat.[1]

§ 259. DE ARBORIBUS CAEDENDIS[2]

Ulp. 71.[3]

1. SI ARBOR IN ALIENAS AEDES IMPENDEBIT

Ulp. 71 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: QUAE ARBOR[4] EX AEDIBUS TUIS IN AEDES ILLIUS IMPENDET, SI PER TE STAT, QUO MINUS EAM ADIMAS, TUNC, QUO MINUS ILLI[5] EAM ARBOREM ADIMERE SIBIQUE HABERE LICEAT, UIM FIERI UETO.[6]

2. SI ARBOR IN ALIENUM AGRUM IMPENDEBIT

Ulp. 71 h. t. 1 § 7:

Deinde ait praetor:[7] QUAE ARBOR EX AGRO TUO IN AGRUM ILLIUS IMPENDET, SI PER TE STAT, QUO MINUS PEDES QUINDECIM A TERRA EAM ALTIUS COERCEAS, TUNC, QUO MINUS ILLI ITA COERCERE LIGNAQUE SIBI HABERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 260. DE GLANDE LEGENDA[8]

Ulp. 71,[9] Gai. 26.[10]

Ulp. 71 h. t. un. pr.:

Ait praetor: GLANDEM,[11] QUAE EX ILLIUS AGRO IN TUUM CADAT, QUO MINUS ILLI TERTIO QUOQUE DIE LEGERE AUFERRE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 261. DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO[12]

Ulp. 71,[13] Venulei. 4 interd.[14]

Ulp. 71 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: QUEM LIBERUM[15] DOLO MALO[16] RETINES, EXHIBEAS.[17],[18]

Condemnatio:[19] Ulp. 71 h. t. 3 § 13. Officium iudicis: Venulei. 4 h. t. 4 § 2.

[1] Gemeint ist die formula arbitraria. Die Stelle ist aber schwerlich intakt.

[2] D. (43. 27). Alex. C. (8. 1) 1: . . . praeses ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet: „si arbor in alienas aedes impendebit", item „si arbor in alienum agrum impendebit" . . . rem ad suam aequitatem rediget. Schmidt, a. a. O. 12.

[3] h. t. 1.

[4] Ulp. 71 h. t. 1 § 3, cf. Gai. IV, 11.

[5] Ulp. 71 h. t. 1 § 4. 5.

[6] Ulp. 71 h. t. 1 § 6.

[7] Ulp. 71 h. t. 1 § 8: Quod ait praetor, et lex duodecim tabularum efficere uoluit. Cf. Pompon. h. t. 2, Paul. sent. V, 6 § 13, Festus s. v. sublucare. Die intentio ging nach Pompon. l. c. auf „ius N° N° non esse arborem ita habere". An eine proponierte Formel ist schwerlich zu denken.

[8] D. (43. 28).

[9] Fr. un. h. t.

[10] (50. 16) 62 — Analogie zu h. t. 1 § 1.

[11] h. t. un. § 1. Vgl. Gai. (50. 16) 236 § 1.

[12] D. (43. 29). Vgl. Paul. 63 (43. 1) 2 § 1: officii causa de homine libero exhibendo.

[13] h. t. 1, 3. [Paul. sent. V, 6 § 14.

[14] h. t. 2, 4.

[15] Ulp. 71 h. t. 3 § 1. 2.

[16] Ulp. 71 h. t. 3 § 3–7, Venulei. 4 h. t. 4 [pr.–§ 2.

[17] Ulp. 71 h. t. 3 § 8.

[18] Hoc interdictum omnibus competit: Ulp. 71 h. t. 3 § 9–13. In absentem: h. t. 3 § 14. Perpetuum: h. t. 3 § 15.

[19] Vgl. Ubbelohde, a. a. O. II, 149.

§ 262. DE LIBERIS EXHIBENDIS, ITEM DUCENDIS[1]

Ulp. 71,[2] Venulei. 4 interd.[3]

Ulp. 71 h. t. 1 pr.:

Ait praetor: QUI QUAEUE IN POTESTATE[4] LUCII TITII EST, SI IS EAUE APUD TE EST[5] DOLOUE MALO TUO FACTUM EST,[6] QUO MINUS APUD TE ESSET, ITA EUM EAMUE EXHIBEAS.

Ulp. 71 h. t. 3 pr.:

Deinde ait praetor: [SI LUCIUS TITIUS IN POTESTATE LUCII TITII EST], QUO MINUS EUM ⟨EAMUE⟩ LUCIO TITIO[7] DUCERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

Ulp. 71 h. t. 3 § 6:

In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet.

§ 263. DE LIBERTO EXHIBENDO[8]

Paul. 67?.[9]

Gai. IV, 162:

. . . exhibitorium interdictum redditur, ueluti ut . . . exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere uellet.[10]

Cf. I. (4. 15) § 1.

§ 264. UTRUBI[11]

Ulp. 72,[12] Paul. 68,[13] Gai. 26,[14] Venulei. 5 interdict.[15]

[1] D. (43. 30), C. (8. 8). Cf. Paul. 63 (43. 1) 2 § 1, Antonin. C. h. t. 1.

[2] h. t. 1, 3, (50. 16) 63.

[3] h. t. 5.

[4] Ulp. 71 h. t. 1 § 1. Manu mancipio potestate (cf. Prob. Einsidl. 31)? Das Interdikt bezog sich zweifellos auf alle Fälle des Gewaltverhältnisses, vgl. Ulp. 71 h. t. 3 § 1 v. „ceterorumque". Dagegen beruhen die interdicta de uxore exhibenda ac ducenda bei Hermogen. h. t. 2, wobei nicht an die uxor in manu zu denken ist, erst auf späterer Rechtsentwicklung. Vgl. auch Paul. sent. V, 6 § 15.

[5] Ulp. 71 h. t. 1 § 2, (50. 16) 63, Venulei. h. t. 5. Exceptiones: h. t. 1 § 3-5 cf. Paul. sent. V, 6 § 15.

[6] Prob. Einsidl. 15-17: D. V. M. T. F. E. = doloue malo tuo factum est.

[7] Causa cognita mater in retinendo eo potior erit. Ulp. 71 h. t. 3 § 5. An der Wiederholung des Namens Lucius Titius nimmt Berger, Int. 1642, mit Recht Anstoß. Ich vermute, daß die eingeklammerten Worte dem Interdikt nicht angehörten, sich vielmehr im Original die prohibitorische Klausel quo minus *etc.* unmittelbar an die exhibitorische anschloß.

[8] Paul. 63 (43. 1) 2 § 1: . . . competit interdictum . . . iuris sui tuendi causa . . . de liberto exhibendo.

[9] (50. 16) 64. Die hier gegebene Definition des „intestatus" scheint nach der Stellung zwischen fr. 63 und 65 eod. — Ulp. 71, Ulp. 72 — hierher zu gehören. Ein Zusammenhang dürfte sich vielleicht durch die Lehre von der Vererbung der operae gewinnen lassen. Doch enthält man sich besser jeder Vermutung.

[10] Vgl. Ulp. (38. 1) 13 § 2. Leist, S. der Bücher 37. 38, V, 274 ff.

[11] D. (43. 31).

[12] Fr. un. h. t., (24. 1) 46, (41. 2) 13, (50. 16) 65. (44. 2) 4? cf. (41. 2) 13 § 1.

[13] (41. 2) 14.

[14] eod. 15.

[15] eod. 53, (44. 3) 15.

Ulp. 72 h. t. un. pr.:

Praetor ait: Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, uim fieri ueto.

Gai. IV, 160:

Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem[1] maior*e* part*e* huius anni fuit, quo minus is eum ducat, ui*m* fieri ueto.

Gai. IV, 150:

si . . . de re mo*b*ili (interdicitur) *e*um potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec ui nec clam nec precario ab aduersario poss*e*de*ri*t.

Theoph. IV, 15 § 7:

Utrubi vestrum[2] *et rel.*

Die Kombination obiger vier Nachrichten ergibt folgendes Interdict:

UTRUBI VESTRUM[3] HIC HOMO,[4] QUO DE AGITUR, NEC UI NEC CLAM NEC PRECARIO[5] AB ALTERO[6] FUIT, APUD QUEM MAIORE PARTE HUIUSCE ANNI[7] FUIT, QUO MINUS IS EUM DUCAT, UIM FIERI UETO.

Hieran schloß sich eine weitere Klausel de accessione,[8] worin der Prätor wegen des Besitzes der Rechtsvorgänger dem Interdikte Zusätze zu geben verhieß;[9] denn die accessio possessionis kam keineswegs, wie Rudorff (EP. § 268 n. 6) anzunehmen scheint, auf dem Wege der Interpretation des Worts utrubi, sondern zweifellos durch ausdrücklichen Zusatz zur Formel zur Berücksichtigung:[10] accessio datur, das ist der regelmäßige Ausdruck der Quellen. Wahrscheinlich war in der Klausel, wie bei den Interdikten de itinere und de aqua, nur die Sukzession durch Kauf[11] und Erbgang[12] berücksichtigt und beruhte die Ausdehnung auf die andern Sukzessionsfälle auf Interpretation.[13]

Die Form des Zusatzes im Interdikt war wohl die, daß hinter dem

[1] Das „apud quem" fehlt in allen sonstigen Überlieferungen, namentlich auch bei Theophil. IV, 15 § 7, wo „utrubi" mit παρ' ὁποτέρῳ übersetzt wird. Die Worte sind dennoch wahrscheinlich nicht mit Schmidt, a. a. O. 185, Krüger-Studemund und EP² für ein Glossem anzusehen. Nur das apud quem gibt dem folgenden is seine Beziehung. Partsch, SZ 31, 434. S. auch Karlowa, RG II, 1201.

[2] Ebenso das schol. zu Bas. 60, 17, 27.

[3] Vgl. Schmidt, a. a. O. 185 und Partsch a. a. O. Anders EP², wo ich das Wort wohl mit Unrecht für überflüssig erklärte.

[4] Ulp. h. t. 1 § 1: de possessione rerum mobilium. Gai. IV, 149.

[5] Gai. IV, 150, Paul. sent. V, 6 § 1.

[6] Venulei. 5 (41. 2) 53.

[7] Gai. IV, 152, Paul. sent. V, 6 § 1, Licin. Rufin. (50. 16) 156.

[8] Ausführlich über die accessio possessionis beim Utrubi und die darauf bezüglichen Quellenstellen handelt Zanzucchi, arch. giur. 72, 358 f.

[9] Gai. IV, 151, Ulp. 72 (41. 2) 13 § 1-ult., (50. 16) 65, Paul. 68 (41. 2) 14, Venul. 5 (44. 3) 15, Scaeu. eod. 14, Paul. 33 (18. 1) 34 § 4, Iauolen. (41. 3) 16. Zu Ulp. 72 (24. 1) 46 cf. Ulp. 72 (41. 2) 13 § 11.

[10] Vgl. Ulp. 72 (41. 2) 13 § 1: addimus in accessione de ui . . . uenditoris. Venulei. 5 (44. 3) 15 § 2 (adiciendum est). § 5 (uerba accessionum).

[11] Ulp. 72 (41. 2) 13 § 1-3, Paul. 68 eod. 14, Venulei. 5 (44. 3) 15.

[12] Ulp. 72 (50. 16) 65: heredis appellatio etc. Fr. 13 § 4. 5 h. t.

[13] Daher bei Ulpian am Schlusse: fr. 13 § 6-11 cit.

„apud quem . . . fuit" beispielsweise angefügt wurde: *siue*[1] *nec ui nec clam nec precario*[2] *apud eum fuit, unde is emit.*[3]

§ 265. DE MIGRANDO[4]

Ulp. 73,[5] Gai. 26.[6]

Ulp. 73 h. t. 1 pr.:

Praetor ait: SI IS HOMO, QUO DE AGITUR, NON EST EX HIS REBUS, DE QUIBUS INTER TE ET [ACTOREM][7] CONUENIT, UT, QUAE IN EAM HABITATIONEM[8] QUA DE AGITUR INTRODUCTA IMPORTATA IBI NATA FACTAUE ESSENT, EA PIGNORI TIBI PRO MERCEDE EIUS HABITATIONIS ESSENT,[9] SIUE EX HIS REBUS EST ET EA MERCES[10] TIBI SOLUTA EOUE NOMINE SATISFACTUM EST AUT PER TE STAT, QUO MINUS SOLUATUR: ITA, QUO MINUS [EI, QUI EUM PIGNORIS NOMINE INDUXIT,][11] INDE ABDUCERE LICEAT, UIM FIERI UETO.

§ 266. *SALUIANUM INTERDICTUM*[12]

Ulp. 73.[13]

Die Kompilatoren haben das Recht des Saluianum bedeutend verändert, ebendarum dessen Wortlaut nicht aufgenommen und die unter den Titel de Saluiano interdicto gesetzten Fragmente durch Interpolationen entstellt.[14] Gleichwohl lassen sich die wesentlichen Punkte, die in der Formel des Saluianum zum Ausdruck gekommen sein werden, mit Sicherheit nachweisen. Das Saluianum stand in seiner ursprünglichen Anwendungssphäre zu:

1. dem dominus fundi (dabei war an den Verpächter gedacht);

2. an den res coloni, die dieser pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset,[15] und die

[1] A. M. Karlowa, RG II, 1203. Gegen ihn Zanzucchi, arch. giur. 72 (1904), 377 f.

[2] Ulp. 72 fr. 13 § 1 cit.: denique addimus in accessione de ui et clam et precario uenditoris. Vgl. § ult. eod.

[3] Diese und andere Adjektionen („siue apud eum fuit, qui ei uendidit, unde is emit", „siue apud eum fuit, unde is emit, cui is emendum mandauerat", „apud eum, qui uendendum mandauit", u. dgl. m.) finden sich bei Venulei. 5 (44. 3) 15 § 1-4. 6, vgl. auch Paul. 68 (41. 2) 14.

[4] D. (43. 32).

[5] h. t. 1.

[6] h. t. 2.

[7] Im Interdikt stand illum. So schon Pal. Anders Berger, Int. 1644. Utile: „inter te et eum, cui ille heres est", „inter eum, cui tu heres es, et illum". Ulp. 73 h. t. 1 § 6.

[8] Proponitur inquilino, non colono: h. t. 1 § 1.

[9] Utile, si gratuitam quis habitationem habeat: Ulp. 73 h. t. 1 § 3.

[10] Ulp. 73 h. t. 1 § 4.

[11] Im Interdikt stand: illi eum. Vgl. Berger, Int. 1645. Itp. ist Ulp. 73 h. t. 1 § 5: praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Berger, a. a. O.

[12] D. (43. 33). C. (8. 9).

[13] Ulp. 73 handelt vom interd. Saluianum und der actio Seruiana, und es ist bei vielen Stellen nicht möglich, eine spezielle Beziehung auf eines oder das andere dieser Rechtsmittel auszufinden. Als Stücke einer allgemeinen Einleitung können angesehen werden: fr. 6, 8, 14, 21 pr. (20. 1), fr. 3, 6 (20. 2), fr. 6 (20. 6). Sicher auf das Saluianum geht nur das stark interpolierte fr. 2 h. t. — fälschlich Ulp. 70 inskribiert —, nicht dagegen (anders EP²) fr. 21 § 1 (20. 1), vgl. S. 492.

[14] Näheres darüber Lenel, SZ 3, 180 f.

[15] Vgl. zu 1, 2: Gai. IV, 147 = § 3 I. (4. 15). Ausdehnung auf andere Fälle folgt

3. in das Grundstück eingebracht worden (illata) sind;[1]

4. nur wider den colonus selbst, nicht wider Dritte, vgl. Gordian. c. 1 h. t.: tantummodo aduersus conductorem [debitoremue] competit.[2]

Das Gegenteil scheint zwar aus Iulian. 49 h. t. 1 pr. § 1 zu folgen. Allein in dieser Stelle war ursprünglich von der Seruiana die Rede, und erst die Kompilatoren haben das Saluianum an deren Stelle gesetzt; das ergibt sich zur Evidenz, wenn man fr. 1 § 1 cit. mit Ulp. 73 (20. 1) 10 vergleicht, wo, wie die durchgängige Übereinstimmung der Wendungen, ja der Worte, und die indirekte Rede beweisen, die Äußerung Julians (in ihrem ursprünglichen Wortlaut) zitiert ist.[3]

5. Das Interdikt setzt, wie die Seruiana, voraus: daß die merces, für die die Verpfändung stattfand, „neque soluta neque eo nomine satisfactum est nec per [actorem] ⟨illum⟩ stat, quo minus soluatur".[4]

6. Das Interdikt war sehr wahrscheinlich, gleich dem interdictum Utrubi und de migrando, prohibitorisch.[5] —

Fragt sich, wie die einzelnen Punkte formell zum Ausdruck kamen.

1. Die Punkte 1 und 3 dürften in einem Satz ausgedrückt worden sein, etwa:

Quae res in fundum illius illata est.[6]

Das Erfordernis der Illation darf keineswegs unausgedrückt bleiben, wie dies bei Rudorff der Fall, der in seiner Formel zwar den Pfandvertrag auf „quae inuecta illata essent" abgestellt sein läßt, dann aber die geschehene Erfüllung dieser Bedingung mit keiner Silbe andeutet.

2. Die Richtung des Interdikts ausschließlich wider den colonus dürfte am einfachsten in der Weise zum Ausdruck gekommen sein, daß das Interdikt den letztern anredete. Denn redete es den Pfandgläubiger an, so würde aus dem Wortlaut desselben „quo minus eum hominem ducas, uim fieri ueto" ohne eine besondere einschränkende Klausel nicht haben erkannt werden können, daß es gegen Dritte nicht zustehe.[7]

3. Für die Worte, mit denen die Tatsache der Verpfändung aus-

nicht aus Paul. sent. V, 6 § 16; bei Gordian. c. 1 h. t. dürfte „debitoremue" interpoliert sein.

[1] Vgl. Theophil. zu § 3 I. (4. 15). Herzen, origines de l'hyp. Rom. (1899) 112.

[2] Die Auslegung der c. 1 cit. durch Bertolini, arch. giur. 39, 62 f., scheint mir unmöglich. Zwei Fassungen des Interdikts, eine ältere und eine neuere, letztere auch gegen Dritte zuständig, nimmt Karlowa, RG II, 1283, an. Zur Literatur s. Fehr, Beitr. z. L. v. röm. Pfdr. (1910) 50[5].

[3] Vgl. Lenel, a. a. O., dazu noch Herzen, l. c. 115 f. Bestritten von Ascoli, orig. dell' ipot. (1887) 156.

[4] Cf. Ulp. 73 (20. 6) 6. Nicht „quominus soluatur satisue fiat", vgl. Krüger, ZRG 7, 230 n. 25.

[5] So auch die Mehrzahl der bisherigen Rekonstruktionen: Rudorff, ZfgeschRW 13, 209 f., EP. § 271, Keller, Richters krit. Jahrbb. Jahrg. XI, (Bd. 22) 977, Dernburg, Pfandrecht II, 338. 339, Karlowa, RG II, 1281. Anders (restitutorisch) Huschke, Studien 398, Ascoli, 165.

[6] In der 1. Aufl. setzte ich „pignori illata". Dagegen Herzen, a. a. O. 112 n. 2.

[7] Das Argument aus fr. 21 pr. (20. 1), das Rudorff (ZfgeschRW 13, 214) als entscheidend für die oben verworfene Fassung ansah, verdient wohl kaum den Namen eines Arguments, und Rudorff selbst hat im EP § 268 diese Fassung aufgegeben.

gedrückt war,[1] können wohl mit ziemlicher Sicherheit Anhaltspunkte aus dem interdictum de migrando entnommen werden; und durch Fassung in contrarium erhält man aus diesem auch:

4. die Worte, in denen sich das Erfordernis ausgebliebener Befriedigung formulierte.

5. Nach Gaius steht das Interdikt zu „de rebus coloni":[2] wollte er damit sagen, daß das Interdikt sich nur auf Sachen beziehe, die dem Kolonen selbst gehören, und kam dies im Interdikt zum Ausdruck? Daß letzteres nicht der Fall war, schloß ich in EP² aus einer Stelle, die sich ihrem Wortlaut nach auf die Seruiana bezieht, von der ich aber annehmen zu dürfen glaubte, daß sie in ihrem ursprünglichen nicht auf sie, sondern nur auf das Salvianum gegangen sein könne, fr. 21 § 1 (20. 1):

> Si debitor seruum, quem a non domino bona fide emerat et pignerauit, teneat, Seruianae locus est et, si aduersus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet: et ita Iulianus ait et habet rationem.

Der Beklagte setzte hier, führte ich aus, der Klage durch exceptio die Behauptung entgegen, die Sache habe sich zur Zeit der Verpfändung nicht in seinem Eigentum befunden, und diese exceptio werde durch replicatio entkräftet. Nun wissen wir aber, daß die Formel der Seruiana nur verlangte, daß das Pfand zur Zeit der Verpfändung „in bonis" des Verpfänders gewesen sei, und da der gutgläubige Besitzer einer Sache sie in bonis habe — fr. 49 (50. 16), fr. 18 (20. 1) —, so würde, meinte ich, ein Fall wie der vorliegende einfach auf Grund des Wortlauts der actio erledigt worden sein: weder für eine exceptio noch für eine replicatio sei da Raum gewesen, wenn der Verpfänder selbst der Beklagte war. Hiernach schien mir sicher, daß Ulpian nicht von der Seruiana gesprochen haben könne: er müsse also vom Saluianum gehandelt haben, und es folge mithin aus der Stelle, daß das Saluianum das Erfordernis des in bonis esse nicht aufstellte. Da das Saluianum nur wider den Verpfänder selbst ging, so möge man es unbedenklich gefunden haben, jenes Erfordernis wegzulassen. Diese ganze Argumentation scheitert aber daran, daß die Unberührtheit von fr. 21 § 1 cit. nichts weniger als unzweifelhaft ist.[3] Was Ulpian wirklich gesagt hat, läßt sich nicht feststellen. Möglich, daß im Urtext von einer actio nicht aduersus debitorem, sondern aduersus dominum die Rede war. Wir müssen die Frage unter 5. dahingestellt sein lassen.

[1] Wurde sie überhaupt ausgedrückt? Hieß es nicht einfach „quae res pro mercede eius fundi pignoris nomine illata est"? Ich schließe das Gegenteil aus dem ausdrücklichen Bericht des Gaius: de rebus coloni, quas *is* . . . pignori futuras pepigisset.
[2] Gai. IV, 147: . . . eoque (interdicto) utitur dominus de rebus coloni, quas *etc.*
[3] S. Beseler IV, 137, dessen Herstellungsversuch mir freilich allzu kühn scheint.

§ 267. *SERUIANA FORMULA*[1]

Ulp. 73,[2] Paul. 68,[3] Gai. 26,[4] Gai. lib. sing. de formula hypothec.,[5] Iulian. 49,[6] Marcian. lib. sing. ad. form. hyp.[7]

Von einem Edikt über die Pfandklage ist uns nicht die geringste Spur überliefert. Nimmt man hinzu, daß die Monographien des Gaius und Marcian sich beide an die formula hypothecaria anlehnen, so ist nicht daran zu zweifeln, daß ein solches Edikt überhaupt nicht existiert hat, daß vielmehr im Anschluß an das Saluianum ohne weiteres die bloße Formel der Pfandklage proponiert war.[8] Zur Rekonstruktion der letztern besitzen wir so reiches Material, daß schon die bisherigen Rekonstruktionsversuche, soweit sie Beachtung verdienen,[9] in fast allen wesentlichen Punkten zusammentreffen. Ihre Formel verlangt für die Kondemnation:

1. den Beweis der geschehenen Verpfändung, (22. 3) 23, C. (8. 32 [33]) 1: „intentio dati pignoris". Streitig ist dabei, ob die Formel abgestellt war auf den Beweis des conuenisse[10] oder auf den Beweis der rei obligatio[11] selbst. Ersteres ist das Richtige, vgl. (16. 1) 13 § 1:[12]

> cum [quasi] Seruiana . . . in his utilis sit, quia uerum est conuenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam.

Freilich kam es für die Verurteilung nicht auf das bloße conuenisse, sondern auf die Gültigkeit der Verpfändung an: aber auch die unter 2. bemerkte Klausel der Formel zeigt, daß die Gültigkeit der Verpfändung nicht schon kraft eines „s. p. rem q. d. a. obligatam esse" zur Untersuchung stand. Als Inhalt des conuenisse figurierte in der Formel: „ut ea res q. d. a. pignori esset"[13] und zwar (s. Ziff. 3) „propter pecuniam debitam[14] (oder certam creditam oder ähnl.)".

[1] In EP² hatte der Paragraph die Überschrift Seruiana et quasi Seruiana formula. Die Bezeichnung quasi Seruiana findet sich aber nur in drei Stellen — I. (4. 6) § 7 und 31 und (angeblich) Gai. (16. 1) 13 § 1 — und ist hier überall verdächtig. Sonst überall in unsern Quellen heißt die actio des Pfandgläubigers entweder Seruiana schlechtweg oder hypothecaria. Vgl. Fehr, Beitr. z. L. v. röm. Pfdr. (1910) 48 f., Pappulias, ἐμπραγμ. ἀσφ. I, 308, Ebrard, die Digestenfragm. ad form. hyp. (1917) 69 f. Die Bezeichnung der Pfandformel als actio quasi Seruiana dürfte ebensowenig klassisch sein wie die als actio hypothecaria (s. n. 13).

[2] Vgl. S. 490 n. 13. Sicher speziell auf die Seruiana gehen: (20. 1) 10, 21 § 3, (20. 4) 6, (20. 6) 4.

[3] (20. 1) 7, 12, (20. 4) 15.

[4] (50. 17) 158.

[5] (20. 1) 4, 15, (20. 3) 2, (20. 4) 11, (20. 6) 7, (22. 4) 4 = (20. 1) 4.

[6] (43. 33) 1 s. S. 491 und Lenel, SZ 3, 180 f.

[7] (13. 7) 17, 19, 33, (20. 1) 5, 11, 13, 16, (20. 2) 2, 5, (20. 3) 1, (20. 4) 12, (20. 5) 5, 7, (20. 6) 5, 8, (22. 3) 23, (27. 9) 12, (40. 8) 6, (41. 2) 37, (42. 5) 35, (46. 3) 49.

[8] Vgl. Wlassak, Edikt und Klageform 130 ff.

[9] Huschke, Studien 376, ZfCR u. Pr. 20, 168, Bachofen, Pfandrecht 48 f., Rudorff, ZfgeschRW 13, 226 f., EP § 272, Keller, Richters Jahrbb. Jahrg. XI, (22) 979. 981, Dernburg, Pfandrecht I, 81; s. auch Francke, civ. Abh. 103.

[10] Huschke, ZfCR u. Pr. 20, 168, Bachofen, a. a. O., Dernburg, a. a. O.

[11] Keller, a. a. O., Rudorff, EP § 272.

[12] Das Argument, das Dernburg, a. a. O. n. 12, aus fr. 13 § 5 (20. 1) zieht, ist mir nicht klar geworden.

[13] Nicht „pignori hypothecaeue". Ob das Wort hypotheca zur Bezeichnung des Pfands

2. den Beweis „tunc, cum conueniebat, rem in bonis debitoris fuisse“.[1]

3. den Beweis „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m^ A^m^ stare, quo minus soluatur“.[2] Diese Worte waren in der Formel ständig.[3] Endlich enthielt die Formel:

4. die Restitutionsklausel „nisi ea res arbitrio iudicis restituetur“.[4] Bachofen und Rudorff fassen diese Klausel alternativ: „nisi restituat aut pecuniam soluat“. Allein diese Fassung wird durch die dafür angezogenen Stellen — (20. 1) 16 § 3, (21. 2) 66 pr. — nicht bewiesen, und das „nisi soluat“ ist nicht nur überflüssig, da der Judex schon auf Grund des „nisi ea res arbitrio iudicis restituetur“ die Befugnis zur Absolution bei erfolgender Zahlung hatte, sondern kaum möglich, da der Judex der hypothecaria nicht de pecunia credita, sondern de re obligata zu arbitrieren hatte.[5]

5. Die auf „quanti ea res erit“ lautende condemnatio.[6]

Hiernach komme ich zu folgender Formel:

S. p. inter A^m^ A^m^ et L. Titium conuenisse, ut ea res[7] *q. d. a. A^o^ A^o^ pignori esset*[8] *propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conueniebat,*[9] *in bonis*[10] *Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m^ A^m^ stare quo minus soluatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur,*

schon Klassikern geläufig war, ist bekanntlich bestritten. Vgl. für die verneinende Ansicht besonders Fehr, a. a. O. 48f., Ebrard, a. a. O. 44f. Für uns genügt die Feststellung, daß das Wort sich selbst in der Digestenüberlieferung bei keinem Juristen aus vorjulianischer Zeit findet, in Julian zugeschriebenen Stellen aber nur ein einziges Mal — in D. (41. 3) 33 § 4 —, und hier in einem ganz sicher itp. Satz (Ebrard, a. a. O. 58). Dem EP kann hiernach die Bezeichnung nicht angehört haben.

[14] Vgl. (20. 1) 13 § 5.

[1] Gai. de form. hyp. (20. 1) 15 § 1, Marcian. ad form hyp. (22. 3) 23, Papin. (20. 1) 3 pr., Afric. (20. 4) 9 § 3, Diocl. et Max. C. (8. 15 [16]) 5,6, (8. 16 [17]) 6, vgl. auch D. (43. 32) 1 § 5. Trotz dieser Zeugnisse gegen obiges Formelstück: Karlowa, RG II, 1284.

[2] Ulp. 73 (20. 6) 6, Marcian. ad form. hyp. (20. 1) 13 § 4–6, (20. 6) 5 § 2. 3, (46. 3) 49 vgl. Keller, a. a. O. 983, Gai. de form. hyp. (20. 4) 11 i. f. S. ferner: (16. 1) 13 § 1, (44. 2) 30 i. f., (36. 1) 61 [59] pr., (20. 6) 14. C. (8. 32 [33]) 1 — intentio pignoris dati neque redditae pecuniae —, (4. 32) 1, Thalel. schol. 2 in Basil. XXIII, 3, 67 (Heimb. II, 727).

[3] Bestritten von Thon, ZRG 2, 265ff. (s. auch Ascoli, l. c. 65), der von unrichtigen Ausgangspunkten zu unrichtigem Resultate kommt. Die in n. 2 angef. Stellen lassen m. E. an der Richtigkeit der im Text aufgestellten Behauptung keinen Zweifel.

[4] Marcian. ad form. hyp. (20. 1) 16 § 3. 4. 6, (20. 4) 12 § 1. I, (4. 6) § 31.

[5] Gegen Bachofen vgl. auch Keller, a. a. O. 983, der aber m. E. zuviel Gewicht auf die Nennung oder Nichtnennung des Restitutionsobjekts in der Klausel legt. Das arbitrium iudicis half unter allen Umständen.

[6] Gai. IV, 51, Ulp. 73 (20. 1) 21 § 3, Marcian. ad form. hyp. eod. 16 § 3. 4, Gai. 9 (20. 6) 2.

[7] Die Frage nach der Formulierung der actio utilis im Fall des pignus nominis — (13. 7) 18 pr., (20. 1) 20, C. (8. 16 [17]) 4, (4. 39) 7 —, ob actio in personam ob hypothecaria, muß hier als außerhalb unserer Aufgabe liegend um so mehr dahingestellt bleiben, als sie ohne längere Erörterung der Lösung nicht nähergebracht werden kann.

[8] Über die Antichrese cf. (20. 1) 11 § 1, aber auch (13. 7) 33. Utilis: „pro parte dimidia A^o^ A^o^ et Gaio“. Ulp. 73 (20. 1) 10.

[9] Utilis, si postea: (13. 7) 41, (20. 1) 22, C. (8. 15 [16]) 5. Wegen der Generalhypythek vgl. (20. 1) 15 § 1.

[10] Utilis, si Lucio Titio pignerata fuerit: (20. 1) 13 § 2, C. (8. 23 [24]) 1.

quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.[1]

Sehr mit Unrecht bemängelt de Visscher,[2] daß in obiger Formel des Erfordernisses des Besitzes auf Seite des Beklagten keine Erwähnung geschehe. Wenn für die actio Seruiana der Satz galt „in rem actionem pati non compellimur" — und das wird schwerlich bestritten werden können —, so kann auch die Besitzfrage hier nicht anders behandelt worden sein, als bei den zivilen in rem actiones: sie wurde in iure geklärt (in fr. 16 § 3 de pign. ist auch der Eingang, der das Folgende vorbereitet, keineswegs, wie de Visscher meint, »à l'abri de tout soupçon«). Leugnete der Beklagte den Besitz, so kam es hier wie sonst zum interdictum Quem fundum oder der actio ad exhibendum.

Der Urfall der actio Seruiania war bekanntlich der der Verpfändung des eingebrachten Gutsinventars zur Sicherung der Pachtzinsforderung. Es ist gewiß anzunehmen, daß die Formel ursprünglich allein auf diesen Fall berechnet und darum enger gefaßt war als die vorstehende.[3] Im Hadrianischen Album fand sich, soweit wir sehen können, eine derartige Formel nicht mehr; sie war durch das Aufkommen der generellen Formel überflüssig geworden. Insbesondere enthalten die Kommentare keine Spur davon. Die Unterscheidung zwischen actio Seruiana und quasi Seruiana dürfte, wie oben (S. 493 n. 1) bemerkt, byzantinisch sein.

§ 268. QUAE IN FRAUDEM CREDITORUM FACTA SUNT, UT RESTITUANTUR[4]

Ulp. 73,[5] Paul. 68,[6] Gai. 26,[7] Iulian. 49,[8] Venul. 6 interd.[9]

Ulp. 73 fr. 10 pr. h. t.:

Ait praetor: QUAE LUCIUS TITIUS FRAUDANDI CAUSA[10] SCIENTE TE[11] IN BONIS, QUIBUS DE AGITUR,[12] FECIT:[13] EA ILLIS, SI EO NOMINE QUO DE AGITUR ACTIO EI

[1] Hauptsächliche Exzeptionen: 1. *dominii*, (20. 1) 18; 2. *rei sibi* (*ante*) *pigneratae*, (20. 1) 10, (20. 4) 12 pr., (44. 2) 19; 3. *si non uoluntate creditoris ueniit*, (20. 6) 4, 8 § 6–18 (war diese exceptio im Edikt verheißen? dafür anscheinend fr. 8 § 11 eod., dagegen entscheidend fr. 4 § 1 eod.); 4. *rei iudicatae*, (20. 1) 3 § 1, 16 § 5, (20. 6) 13; 5. *pacti, ne pignori sit res*, (20. 6) 8 § 1–5; 6. *SCi Velleani* und *Macedoniani*, (20. 3) 2.

[2] RH 1925, 241 f.

[3] In EP² 475 vermutete ich, unter Benutzung des Formulars des int. de migrando und gewisser sonst überlieferter Anhaltspunkte: conuenisse, ut, quae in eum fundum q. d. a. introducta importata ibi nata factaue essent, ea pignori Aº Aº pro mercede eius fundi essent.

[4] D. (42. 8). Vgl. zum folgenden meine bei § 225 zit. Abh. in der Straßb. Festschr. f. Schultze. Zur Literatur s. S. 435 n. 1.

[5] h. t. 2, 10; (41. 2) 16? cf. Papin. h. t. 18, s. aber Paling. II, 854 n. 4.

[6] h. t. 4, 13.

[7] h. t. 5.

[8] h. t. 15, 17.

[9] h. t. 8, 11, 25, (41. 1) 66 cf. h. t. 25 § 5.

[10] Ulp. 73 h. t. 10 § 6–8, Iulian. 49 h. t. 17 § 1, Valens (36. 1) 69 (67) § 1, Prob. 5, 13: F. C. = fraudare creditores.

[11] Ulp. 73 h. t. 10 § 2–5. Utile: sciente tutore curatoreue, h. t. 10 § 5.

[12] Ulp. 73 h. t. 10 § 9–11. Der *Flor.* hat „quibus de ea re agitur", eine verdorbene Lesart, die Huschke, ZfCR u. Pr. NF 14, 87, Karlowa, RG II, 1402, künstlich rechtfertigen wollen. S. aber Ulp. 73 h. t. 10 § 9, Venul. 6 h. t. 25 § 4. Gegen Huschke auch Rudorff, EP § 275⁵.

[13] Ulp. 73 h. t. 10 § 12–16, 2 h. t., Paul. 68

EX EDICTO MEO COMPETERE ESSEUE OPORTET,[1] EI SI NON PLUS QUAM ANNUS EST,[2] CUM DE EA RE QUA DE AGITUR EXPERIUNDI POTESTAS EST, RESTITUAS.[3] INTERDUM CAUSA COGNITA ET SI SCIENTIA NON SIT,[4] IN FACTUM ACTIONEM PERMITTAM.

Dies Referat über das sog. interdictum fraudatorium ist in mehr als einer Hinsicht verdächtig, und die Unmöglichkeiten, die der Text enthält, sind gewiß größtenteils nicht Abschreibern, sondern den Kompilatoren auf Rechnung zu setzen. Dahin gehört zunächst die zwiefache Bezeichnung des Subjekts, an das restituiert werden soll, zuerst im Plural „illis", dann im Singular „ei", der auch im Zwischensatz „si eo nomine q. d. a. actio ei *rel.*" wiederkehrt. Die große Wahrscheinlichkeit spricht hier für die Echtheit des „illis", desjenigen Pronomens, das in dieser Verwendung allein dem Interdiktstil gemäß ist und auch in unserm Interdikt an der richtigen Stelle steht, während das „ei" vor der exceptio annalis sonderbar nachhinkt. Tribonianisch ist ferner zweifellos der ungeheuerliche Zwischensatz „si eo nomine q. d. a. actio ei ex edicto meo competere esseue oportet".[5] Erwägt man, daß unter den „illi" nur die Gläubiger des fraudator verstanden werden können, so liegt eine von mir schon in der Palingenesie gewagte Konjektur ungemein nahe, nämlich zu lesen: „illis *quos* eo nomine q. d. a. ex edicto meo in *possessionem ire* esseue oportet".[6] Unmöglich ist endlich das sonst nirgends nachweisbare „actionem permittam" des Schlußsatzes;[7] man versteht auch nicht, warum der Prätor gegen den inscius eine actio in factum gewährt, sonst aber interdiziert haben sollte.

Alle diese Interpolationen finden ihre Erklärung darin, daß, wie bereits im § 225 hervorgehoben wurde, die Kompilatoren aus den zwei Rechtsmitteln, die das klassische Recht für die Anfechtung frauduloser Veräußerungen besaß, ein einziges herstellen wollten. Der Prätor hatte Restitution (§ 225) nur dem curator bonorum verheißen, das fraudatorische Interdikt dagegen nur den Gläubigern proponiert.[8] Das neue Rechtsmittel erhielt den indifferenten Namen „in factum actio" und sollte beiden zustehen. Darum wurde in das Restitutionsedikt (s. § 225) hinter dem

eod. 4, Gai. 26 eod. 5, Iulian. 49 eod. 17 § 2. Zu „fecit" vgl. Rudorff, ZRG 8, 71f., v. Schey, ebendaselbst 13, 144, 162 und die dort Angeführten, Solazzi, revoca (1902) 22 f.

[1] Ulp. 73 h. t. 10 § 17.

[2] Ulp. 73 h. t. 10 § 18.

[3] Ulp. 73 h. t. 10 § 19–23, Venul. 6 eod. 25 § 4–6. Fr. 14 eod. Vgl. ferner Paul. (22. 1) 38 § 4: uerbum „restituas" quod in hac re praetor dixit, vgl. S. 499.

[4] Venul. 6 h. t. 25 pr. § 1. Diocl. et Max. C. (7. 75) 5: scientiae mentione detracta.

[5] Gradenwitz, SZ 8, 255 f.

[6] Unhaltbar m. E. Huvelin, ét. sur le furt. 473⁴.

[7] „Agere permittam" findet sich in fr. 1 pr. (43. 17), ist aber zweifellos interpoliert. Vgl. oben S. 436. Dennoch wird die Beziehung auf eine actio i. f. auch jetzt wieder vertreten von Kipp, rev. de der. priv. 1924, 4.

[8] Vgl. (46. 3) 96 pr., dazu meine Abh. in der Straßb. Festschr. für Schultze (1903) 15. In dieser Abhandlung habe ich mich S. 13 f. auch über die abweichenden Ansichten geäußert, die Dernburg, Pand. II, § 144, und Karlowa, RG II, 1406, über das Verhältnis des in fr. 1 pr. h. t. überlieferten Edikts zum interdictum fraudatorium aufgestellt haben. Ich muß, um die Polemik nicht zu weit auszudehnen, auf das dort Gesagte verweisen.

„curatori bonorum“ der Satz hereininterpoliert „uel ei cui de ea re actionem dare oportebit“, und darum umgekehrt in unserm Interdikt die deutliche Bezeichnung der Gläubiger durch das unbestimmte „si . . . actio competere esseue oportet“ ersetzt. Ebenso wurde systematisch im Digestentitel (42. 8) und im Codextitel (7. 75) der Name „interdictum“ getilgt und dafür „in factum actio“ oder „actio“ schlechtweg eingesetzt, so daß insbesondere Ulpians Kommentar, abgesehen von kleinen Unebenheiten, die die Kompilatoren stehen ließen, gar nicht mehr erkennen läßt, daß er sich auf ein Interdikt bezog.[1] Auch an Stelle des unmöglichen „in factum actionem permittam“ unseres Referats wird daher im Originaltext ein „interdicam“ oder vielleicht „interdicam sponsionemque restipulationemque facere permittam“ gestanden haben.[2]

Nach alledem würde das echte Interdikt folgendermaßen gelautet haben:

> Quae L. Titius fraudandi causa sciente te in bonis q. d. a. fecit: ea illis *quos* eo nomine q. d. a. ex edicto meo *in possessionem ire* esseue oportet,[3] si non plus quam annus est, cum de ea re q. d. a. experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, interdicam *rel.*

Dies Interdikt ist insofern eigentümlich gefaßt, als es dem Beklagten Restitution an die Gesamtheit der Gläubiger aufgibt, die wir uns dabei durch den curator bonorum oder auch einen ad hoc ernannten Repräsentanten vertreten denken müssen,[4] während das Interdikt selbst von jedem einzelnen Gläubiger erbeten werden konnte.[5] Also gewissermaßen ein Popularinterdikt, das der einzelne Gläubiger zum Vorteil aller begehrt.[6] Eine andere Fassung war in der Tat kaum denkbar, wenn der Prätor auf der einen Seite das Recht des einzelnen Gläubigers, die fraudulosen Akte anzufechten, nicht von der Zustimmung aller abhängig machen wollte, auf der andern aber ihn unmöglich für befugt erklären konnte, Restitution von Gegenständen, deren Wert den Betrag seiner Forderung weit übersteigen mochte, an sich persönlich zu verlangen.[7] Weigert freilich der unterlegene

[1] Das interdictum fraudatorium wird nur außerhalb der sedes materiae erwähnt und ist da offenbar nur aus Versehen stehengeblieben: (36. 1) 69 (67), (46. 3) 96 pr. In c. 2 (2. 27 [28]) ist die es betreffende Stelle — cf. c. 1 C. Theod. (2. 16) — gestrichen.

[2] Ganz anders freilich Huschke, a. a. O. 77 f.

[3] Darauf bezieht sich in Ulpians Kommentar fr. 10 § 17 h. t. Das Interdikt wurde nur den Gläubigern gewährt, nicht demjenigen, dem der Nachlaß, zur Vermeidung der uenditio bonorum, libertatium conseruandarum causa zugeschlagen wurde. Vgl. auch Paul. 68 h. t. 13 und dazu Paling. I, 1084 n. 1.

[4] Arg. (40. 5) 4 § 9.

[5] Vgl. (46. 3) 96 pr. und dazu meine zit. Abh. 15 f.

[6] Das kommt Solazzi so merkwürdig vor, daß er bull. 15, 165 ironisch bemerkt: l'illustre romanista ha foggiato un interdetto di nuovo conio. Dem gegenüber sei, außer dem oben Gesagten, hervorgehoben, daß das Wort „illis“ im Text der Digesten steht.

[7] Was Solazzi, bullett. 15, 165 f., hiergegen vorbringt, kann schwerlich überzeugen. Er fragt, warum, wenn denn doch die Restitution nur an einen Kurator oder sonstigen Vertreter der Gesamtgläubigerschaft habe stattfinden können, man nicht sofort zur Ernennung eines Kurators ge-

Gegner die Restitution, so versteht sich von selbst, daß der siegreiche Kläger Kondemnation nicht in höherem Betrag zu erwarten hatte, als in dem seines Interesses an der Restitution.[1] Dies Interesse besteht nicht in dem Wert des zu restituierenden Objekts,[2] auch nicht in dem Betrag der Forderung des Klägers an den Gemeinschuldner, sondern offenbar lediglich in dem Anteil, der vom Wert jenes Objekts bei verhältnismäßiger Verteilung seines Erlöses auf den Kläger fallen würde.[3] Natürlich wurde dies Interesse dem renitenten Beklagten gegenüber nicht durch eine langwierige Beweiserhebung, sondern durch iusiurandum in litem des Klägers klargestellt, das bis zum Betrag der klägerischen Forderung ansteigen konnte. Dann aber blieb sicherlich der Beklagte dem wiederholten Angriff auch der übrigen Gläubiger ausgesetzt, sei es mit dem iudicium rescissorium (§ 225), sei es mit dem Interdikt, sei es, wie ich seinerzeit,[4] wohl allzu kühn, vermutete, ohne weiteres mit der actio arbitraria oder Sponsion auf Grund des einmal ergangenen restitutorischen Interdikts, so daß für den Beklagten die Gefahr bestand, nacheinander alle Gläubiger auf Grund Schätzungseids — also auch über den wirklichen Wert des Restitutionsobjekts hinaus — befriedigen zu müssen. Das ist ganz in der Ordnung; denn wenn der Gegner restituieren kann, so soll er auch restituieren. Und es ist auch dann nicht allzu hart, wenn etwa der Gegner, wie im Fall des fr. 25 § 1 h. t., das ursprünglich Empfangene zu restituieren nicht mehr imstande ist; denn dann ging gewiß schon das arbitrium nicht auf die unmögliche Leistung, sondern von vornherein nur auf einen Geldersatz.

Der Musterfall, der bei den Sponsionen und den Aktionen zugrunde gelegt war, war augenscheinlich der einer alienatio fundi in fraudem creditorum (vgl. Venul. 6 h. t. 25 § 4–6). Der arbiter der formula arbitraria ist erwähnt bei Venul. 6 h. t. 8, sein officium (nisi . . . restituetur) weitläufig behandelt bei Ulp. 73 h. t. 10 § 19–23, Venul. 6 h. t. 25 § 1.[5] 4–6, Ulp. h. t. 14. Die Restitutionsklausel der Formel war hier, was sonst nicht üblich gewesen zu sein scheint und sich wohl nur aus der überaus allgemeinen Fassung des Interdikts (*quae . . . fecit, restituas*) erklärt, spezialisiert. Es hieß in der Formel nämlich:

schritten sei und diesem die Klage überlassen habe. Aus dem einfachen Grunde, weil möglicherweise die Mehrheit der Gläubiger gegen die Erhebung des Anfechtungsprozesses ist, indem sie ihn für aussichtslos hält. Ganz anders liegt natürlich die Sache, nachdem der einzelne Gläubiger mit dem Interdikt gesiegt hat und der Gegner restitutionsbereit ist, so daß es nur zuzugreifen gilt. Hier werden die andern sicherlich die Restitution nicht ablehnen, und wenn sie es dennoch täten, etwa aus Eigensinn, so wäre es keine Vergewaltigung, wenn der Prätor, ihrem Widerspruch zum Trotz, einen Kurator ernännte.

[1] Ich mache auf die Analogie der Popularinterdikte aufmerksam, (43. 8) 2 § 34. 44: hoc interdictum . . . populare est condemnatioque ex eo facienda quanti actoris intersit. (43. 11) 1 § 3.

[2] So Solazzi, revoca 164. Dabei fragt sich, wie denn die übrigen Gläubiger ihren Anteil an der Beute erlangen. Solazzi, 192, hat für diesen Zweck eine act. in fact. bereit.

[3] Unklar meine zit. Abh. 17. Dagegen mit Recht Solazzi, bull. 15, 166f.

[4] Vgl. die zit. Abh. 17. Ich lege auf die Hypothese keinerlei Gewicht.

[5] Fr. 25 § 1 h. t.: absolui solet reus si [restituerit.

nisi is fundus fructusque, qui alienationis tempore ei fundo cohaeserunt,[1] *arbitrio arbitri A° A° restituentur.*

In der zit. Abh. und in EP[2] wagte ich die Vermutung, daß dieser besondern Fassung der Formel unser iud. arbitrarium einen eigenen Namen verdankt habe, eben den Namen, den späterhin die Byzantiner der von den Kompilatoren geschaffenen Anfechtungsklage beilegten: actio Pauliana. Aus meinen Ausführungen in § 225 ergibt sich, daß ich diese Vermutung fallen lasse.

Im Anschluß an das interdictum fraudatorium, das nur intra annum ex die uenditionis bonorum statthatte, war noch ein weiteres Rechtsmittel proponiert, Ulp. 73 h. t. 10 § 24:

> Haec actio post annum de eo, quod ad eum peruenit, aduersus quem [actio mouetur], competit: [iniquum enim praetor putauit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude] . . . siue igitur ipse fraudator sit, ad quem peruenit, siue alius quiuis, competit actio in id quod ad eum peruenit doloue malo eius factum est, quo minus perueniret.

Anscheinend wird hier die actio de eo quod peruenit auch gegen den fraudator selbst zugestanden. Daran hat man mit Recht Anstoß genommen,[2] da eine solche actio jeden vernünftigen Zweckes entbehre. Es ist aber die Frage, ob die Stelle in Wirklichkeit nicht etwas ganz andres sagen will. Wird doch dem fraudator hier jeder beliebige andre (alius quiuis) gleichgestellt, und so weit konnte doch das Gebiet unserer actio keinesfalls erstreckt werden, daß man sie gegen jeden Beliebigen, an den etwas aus der fraudulosen Veräußerung gelangt war, zugelassen hätte. Ich vermute daher, daß die Kompilatoren die Stelle verkürzt haben, und daß Ulpian gar nicht daran dachte, die actio wider den fraudator zu gewähren, sondern hier nur die Klausel „doloue malo eius factum est quo minus perueniret" erläuterte: der Beklagte, will er sagen, haftet auch soweit die Bereicherung gar nicht an ihn, sondern dolo eius an einen andern gelangt ist, sei dies der fraudator oder alius quiuis. Wer der richtige Beklagte sei, wird hier gar nicht gesagt, sondern war den vorausgegangenen Ausführungen zum

[1] Vgl. Venul. 6 h. t. 25 § 6:

> Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se Labeo ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam qui immaturi fuerint, praetor significet . . .

Vgl. fr. 25 § 4. 5 eod. Daher auch Ulp. 73 fr. 10 § 20: „fructus, qui percipi potuerunt a fraudatore" (Huschke, a. a. O. 107) und in fr. 10 § 19: „res restitui debet cum sua scilicet causa". Der scheinbare Widerspruch zwischen Venuleius l. c. und Ulpian l. c. ist von Huschke durchaus befriedigend gelöst. Darauf habe ich schon in der 1. Aufl. hingewiesen und begreife darum nicht, warum Solazzi, bullett. 15, 158, so sehr bedauert, hier meiner „lumi preziosi" beraubt zu sein. Er selbst mißversteht allerdings Huschke, wenn er (revoca 174) ihm zuschreibt, er wolle in fr. 10 § 20 bei den Worten „qui percipi potuerunt" subintellegieren: „alienationis tempore". Auf das „restituas" unseres Interdikts bezieht sich die Bemerkung (22. 1) 38 § 4 i. f.

[2] Solazzi, bullett. 15, 138f., der deshalb die Erwähnung des fraudator in fr. 10 § 24 h. t. für interpoliert hält. Darin kann ich ihm nicht folgen; aber seine Kritik mir (zit. Abh. 12f.) gegenüber ist hier berechtigt.

Interdikt zu entnehmen. Keinerlei Grund besteht, den ganzen Bericht mit Albertario[1] für itp. zu erklären. Itp. sind nur die Worte actio mouetur: sie sind an die Stelle eines originalen „intra annum interdictum redditur" (oder einer ähnlichen Wendung) getreten, die die Kompilatoren nach der Beseitigung des Interdikts nicht stehenlassen konnten, und erweisen so indirekt die Echtheit des Berichts; und ferner der Passus „iniquum—fraude", eines von den bekannten erläuternden Einschiebseln.[2]

Allerdings wird dagegen eine actio wider den fraudator selbst, aber nicht auf id quod ad eum peruenit, von Venuleius in fr. 25 § 7 h. t. erwähnt. Diese Stelle, aus ihrem Zusammenhang gerissen, wie sie ist, läßt doch kaum eine andere Deutung zu als daß sei es das Interdikt in entsprechend veränderter Form, sei es eine der actio arbitraria nachgebildete actio utilis[3] auch gegen den fraudator gewährt wurde:

> Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex ante gesto post bonorum uenditionem daretur et iniquum esset actionem dari in eum cui bona ablata essent.[4] si uero quaedam disperdidisset, si nulla ratione reciperari possent, nihilo minus actio in eum dabitur et praetor non tam emolumentum actionis intueri uidetur in eo qui exutus est bonis quam poenam.

Die Stelle gibt, so wie sie uns überliefert ist, Kunde von einer bloßen wissenschaftlichen Kontroverse und schließt durch ihren Wortlaut (dabitur!) jede Beziehung auf eine ausdrückliche Ediktbestimmung aus. Solazzi,[5] der eine solche Beziehung annimmt, gründet dies auf die Vermutung einer Interpolation. Er findet in dem entscheidenden Passus „si uero quaedam disperdidisset, si nulla ratione reciperari possent, nihilo minus actio in eum dabitur" einen verdächtigen Mangel an Logik, da doch der fraudator nicht trotzdem, sondern gerade deshalb hafte, weil von Dritten nichts zu erlangen sei. Ich will gewiß nicht jedes Wort in der Stelle als unzweifelhaft authentisch verteidigen;[6] das nihilo minus aber erklärt sich m. E. vollkommen ungezwungen durch die zuvor mitgeteilten Gegengründe des Mela. Unter den angegebenen Voraussetzungen wird, sagt Venuleius, trotz jener Gegengründe die actio gewährt.

[1] I. L. 46, 303.

[2] Vgl. dazu noch Albertario, SZ 32, 318, Segrè, mél. Girard II, 592 in der n., Rotondi, Scr. II, 388. Aus dem fraglichen Einschiebsel darf also nicht geschlossen werden, daß die actio proponiert war (so EP² 480¹), obwohl dies gewiß wahrscheinlich ist. Auch bei Venul. 6 h. t. 11 ist (so schon EP²) m. E. an Cassius als formulierenden Juristen, nicht als proponierenden Prätor zu denken.

[3] So schon die 1. Aufl. 398 und die zit. Abh. 7f. Auf die abweichende Ansicht Solazzis, rev. 10f., bullett. 15, 133f., kann hier nicht eingegangen werden. Er bezieht die Worte „haec actio" auf das „idque . . . seruabo" in dem Edikt des § 225 und zieht daraus sehr weitgehende Folgerungen, die man bei ihm selbst nachlesen muß.

[4] Vgl. hierzu oben S. 431.

[5] Revoca 10. 58, bull. 15, 136.

[6] „Haec actio . . . licet" ist Justinianische Anknüpfung. Im Schlußsatz ist die Erwähnung des die Gegenansicht vertretenden Juristen gestrichen und dessen Entscheidung mit der des Venuleius in eins zusammengezogen. So erklären sich die Verstöße gegen die Syntax.

Tit. XLIV

DE EXCEPTIONIBUS[1]

Ulp. 74–76, Paul. 69–71, Gai. 29. 30, Iulian. 50. 51.

Gai. IV, 118:

Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas,[2] alias causa cognita accommodat.

§ 269. SI QUIS *UADIMONIIS* NON OBTEMPERAUERIT[3]

Ulp. 74,[4] Paul. 69,[5] Gai. 29.[6]

Unter dieser Rubrik waren eine Reihe von Exzeptionen proponiert, die der Klage aus dem Vadimonium entgegengesetzt werden konnten:

1. Die exceptio pacti conuenti[7] — gedacht als Einrede des Vergleichs und der Fristgewährung —, deren Fassung wir aus Gai. IV, 119 kennen:

SI INTER A^m A^m ET N^m N^m NON CONUENIT, NE EA PECUNIA (INTRA QUINQUENNIUM: Gai. IV, 122) PETERETUR.[8]

Die exceptio pacti steht sowohl in Ulpians Kommentar — s. fr. 2 pr. h. t. —, wie auch in fr. 19 (22. 3) — s. n. 2 — voran.

2. *Extra quam si ideo non stetit, quod sine dolo malo*[9] REI PUBLICAE CAUSA AFUIT[10] (die genauere Fassung bei dieser wie bei den folgenden Exzeptionen ungewiß).

3. *Extra quam si* UALETUDINE[11] TEMPESTATE[12] UI FLUMINIS[13] PROHIBITUS *uadimonium sistere non potuit.*[14] Ulp. 74 h. t. 2 § 3.

4. *Extra quam si* SINE DOLO MALO IPSIUS A MAGISTRATU RETENTUS *uadimonium sistere non potuit.*[15]

5. *Extra quam si* REI CAPITALIS ANTE CONDEMNATUS *uadimonium s. n. p.*[16]

[1] D. (44. 1), C. (8. 35 [36]). Einleitung zum Titel: Ulp. 74 (44. 1) 2, Paul. 69 (22. 3) 2, (46. 2) 19, (43. 5) 4. Ob Ulp. 74 (45. 1) 80 und Iulian. 50 (34. 5) 12 [13] gleichfalls zu einleitenden Betrachtungen oder (als Nebenbemerkung) wohin sonst gehören, läßt sich nicht ermitteln.

[2] Derart sind namentlich alle in fr. 19 (22. 3) aufgezählten, und zwar folgt diese Aufzählung der Ordnung des Edikts.

[3] D. (2. 11): Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperauerit.

[4] h. t. 2, 4, (2. 15) 2, (50. 7) 15 [14], (44. 2) 5, vgl. Krüger, prozess. Konsumtion 64 n. 2, und die daselbst Angef.

[5] h. t. 3, 5, 7, (50. 17) 211 = h. t. 7.

[6] h. t. 8.

[7] Hierher Ulp. 74 h. t. 2 pr., (2. 15) 2. Vgl. Gai. (2. 4) 22 § 1. Fr. 2 pr. h. t.: hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret.

[8] Utilis, ne in rem ageretur: C. (2. 4) 9.

[9] Cf. Ulp. 74 h. t. 2 § 1 ict. (4. 6) 1 § 1.

[10] (22. 3) 19 § 1, Paul. 69 h. t. 7, Gai. h. t. 6. Utilis, si municipalis muneris causa afuit: Ulp. 74 h. t. 2 § 1, (50. 7) 15 [14].

[11] Ulp. 74 h. t. 2 § 4. 5. Utilis, si mulier grauida erat: h. t. 2 § 4.

[12] Ulp. 74 h. t. 2 § 6. 8.

[13] Ulp. 74 h. t. 2 § 7. 8.

[14] Seneca de benef. IV, 39 i. f.: deserentem uis maior excusat.

[15] Ulp. 74 h. t. 2 § 9.

[16] Ulp. 74 h. t. 4 pr. § 1.

6. *Si non dolo malo A^i^ A^i^ factum est, quo minus uadimonium sisteret.*[1]

Eine siebente Exzeption fand statt, wenn es, nach Verfall des Vadimoniums, doch zur Litiskontestation im Hauptprozeß gekommen war.[2] Weitere Exzeptionen scheinen im Edikt nicht proponiert gewesen zu sein. Speziell gilt dies nach der Ausdrucksweise Ulpians in fr. 4 § 2. 3 h. t. (debet exceptio dari, debet exceptione adiuuari) von den daselbst erwähnten Exzeptionen „*e. q. s. funere domestico impeditus non stetit*"[3] und „*e. q. s. ideo non stetit, quod in seruitute hostium fuit*".

§ 270. LITIS DIUIDUAE ET REI RESIDUAE

Gai. 29?,[4] Scaeu. 13 quaest.[5]

Gai. IV, 122:

> . . . si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summou*e*tur, quae appellatur litis diuiduae . item si quis cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices *e*ant, si intra eiusdem praeturam de his, qua*s* distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summouet*ur*.

§ 271. *SI ALIENO NOMINE AGATUR* (exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae)[6]

Ulp. 74.[7]

Gai. IV, 124:

> . . . dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae, ueluti si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, uel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere.[8]

Fr. Vat. 323:

> . . . ut qui prohibentur uel dare uel dari cognitores, iidem et procuratores dare dariue arceantur.[9]

Obige Stellen handeln von den Exzeptionen mangels Fähigkeit. Die Exzeption mangels Vollmacht[10] lautet gegen den Prokurator:

[1] Ulp. (22. 3) 19 § 1, Paul. 69 h. t. 5 pr.

[2] Paul. 69 h. t. 5 § 1. 2. Kipp, Litisdenuntiation (1887) 116 f.

[3] Vgl. Gell. N.A. XVI, 4 § 4.

[4] (6. 1) 44.

[5] (46. 8) 4, dazu Paling. II, 280 n. 9. Auf die exc. litis residuae scheint sich Iul. 22 (47. 2) 57 § 5 zu beziehen.

[6] Vgl. Bülow, Prozeßeinr. u. Prozeßvorauss. 30–52, Eisele, Cognitur und Procuratur 186–218. Quellenwidrig unterstellt Betti, atti Ven. 74², 1460 in allen hier in Betracht kommenden Fällen statt Exzeptionen, Präskriptionen.

[7] (3. 3) 57. Vgl. Ulp. (22. 3) 19 § 2.

[8] Quinctil. III, 6 § 71. Bei Ulp. 74 (44. 1) 2 § 4, Gai. eod. 3 i. f., Ulp. (22. 3) 19 § 2 war ursprünglich neben dem procurator ohne Zweifel auch der cognitor genannt, den die Kompilatoren gestrichen haben.

[9] Vgl. Quinctil. IV, 4 § 6, VII, 1 § 19. 20.

[10] Exceptio *procuratoria:* (3. 3) 62, 78 § 1, (39. 1) 6, (39. 2) 39 § 3, (46. 8) 23, C. (2. 18 [19]) 20 § 2. *Tutoria, curatoria, actoria:* C.

SI A^s A^s LUCII TITII PROCURATOR EST,[1]

gegen den Tutor oder Kurator:

SI A^s A^s LUCII TITII TUTOR (CURATOR) EST.

Ich fasse diese Exzeptionen affirmativ,[2] wie das offenbar das Natürlichere ist. Daß alle Exzeptionen negativ gefaßt seien, ist nirgends gesagt, sondern (Gai. IV, 119) nur, daß sie „in contrarium concipiuntur qu*am* adfirmat is, cum quo agitur". Die negative Behauptung, Kläger habe keine Vollmacht, sei nicht Vormund, wird nach dieser Regel selber zur affirmativen Exzeption.[3]

Auch eine exceptio cognitoria mangels Vollmacht mag im Edikt proponiert gewesen sein: gewiß gab es Fälle, wo eine solche Platz griff.[4]

Nächstverwandt mit den eben angeführten Exzeptionen sind zwei Sachlegitimationseinreden, auf die ich schon früher aufmerksam gemacht habe: die exceptio bonorum possessionis non datae[5] (S. 183) und die exceptio responsionis non factae[6] (S. 148). Ich erwähne sie hier, weil die Stelle, wo sie wirklich proponiert waren, nicht ermittelt werden kann. Die Zahl der Sachlegitimationsexzeptionen ist übrigens damit keineswegs erschöpft; wenn z. B. einem klagenden Universalfideikommissar oder bonorum emptor die Sachlegitimation bestritten wurde, mußte es notwendig zu ähnlichen Exzeptionen kommen. Im Anschluß an obige Exzeptionen waren vielleicht auch noch andere proponiert, die, wie die exceptio cessionis bonorum,[7] die Bestimmung hatten, den Mangel der passiven Sachlegitimation zur Geltung zu bringen.

§ 272. *SI EX CONTRACTIBUS ARGENTARIORUM AGATUR*[8]

Ulp. 74,[9] Paul. 69.[10]

In der Nachbarschaft der bisher behandelten Exzeptionen finden wir drei weitere, die, wenn ich recht sehe, sämtlich auf die Kontrakte der Argentarien gemünzt sind: die exceptio mercis non traditae,[11] redhibitionis[12] und pecuniae pensatae.[13] Von der ersten ist uns diese Beziehung ausdrücklich überliefert, Gai. IV, 126^a:

(5. 45) 2, (26. 7) 4, 23, (46. 7) 3 § 4. 5, (3. 4) 6 § 2. Besondere Fälle der exceptio procuratoria: (3. 3) 47, 48. Eigentümliche replicationes curatoriae in (27. 10) 7 § 1. 2, dazu Bülow, a. a. O. 36.

[1] Die 1. Aufl. formuliert: „si A° A° mandatum est, ut eo nomine ageret". S. dagegen oben S. 96.

[2] Übereinstimmend Eisele, a. a. O. 191 f.

[3] Kein Gegenbeweis liegt in C. (5. 45) 2. Wenn dort von einer exceptio „si tutor non est" die Rede ist, so ist das augenscheinlich eine Ungenauigkeit: die negative Behauptung des Beklagten (das non fehlt übrigens in einigen Hdschr.) ist in die formulierte exceptio herübergenommen.

[4] (3. 3) 78 § 1 ict. 56, 62. Vgl. Eisele, a. a. O. 215 ff., Debray, représ. en just. (1892) 159, Wlassak, z. Gesch. der Cognitur (1893) 23.

[5] (44. 1) 20 i. f.

[6] (22. 3) 18 § 2.

[7] I. (4. 14) § 4, C. (7. 72) 3, Wlassak, bei Pauly-Wissowa s. v. cessio bonorum unter IV.

[8] Vgl. zu den hier genannten Exzeptionen Kniep, Fschr. f. Thon (1911) 51 ff.

[9] (21. 1) 59, (50. 16) 66.

[10] (21. 1) 60.

[11] Ulp. 74 (50. 16) 66, vgl. Paul. (44. 4) 5 § 4 „mercis non traditae exceptione".

[12] Ulp. 74 (21. 1) 59, Paul. 69 eod. 60.

[13] Ulp. (22. 3) 19 § 3 — unmittelbar hinter der Erwähnung der exceptio procuratoria.

> ... si argentarius pretium rei, quae in auctionem uenerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res quam emerit tradita est[1] ...

Daß bei der exceptio redhibitionis genau an den gleichen Fall zu denken ist, ist wohl mehr als bloß wahrscheinlich. Wie sollte ohne solche spezielle Beziehung die exceptio redhibitionis in das prätorische Edikt kommen, dem die actio redhibitoria nicht angehört?[2] Die dritte exceptio — pecuniae pensatae — ruft schon durch ihren Namen die Erinnerung an das agere cum compensatione der Argentarien wach. Ich sehe in ihr das Gegenstück zu diesem agere der Argentarien: ich deute sie auf den Fall, wo ein argentarius, der Gegenforderungen hatte, von einem Klienten verklagt wurde.[3] Dieser letztere brauchte nicht, wie der argentarius, cum compensatione zu klagen, — konnte man ja nicht jedem Privatmann die gleiche mathematisch genaue Übersicht über seine Forderungen und Gegenforderungen zumuten, wie dem argentarius; aber die Billigkeit[4] verlangte, daß dem argentarius, der klagend die Kompensationspflicht hatte, als Beklagtem auch das Kompensationsrecht gesichert sei, und diesem Zwecke diente die exceptio pecuniae pensatae.[5]

Die Formulierung der exceptio mercis non traditae kennen wir aus Iulian. 54 (19. 1) 25:

> SI EA PECUNIA, QUA DE AGITUR, NON PRO EA RE PETITUR, QUAE UENIT NEQUE TRADITA EST.[6]

[1] Die Beziehung auf die Auktionen der Argentarien erklärt auch den Namen mercis non traditae, der wegen der auf Mobilien beschränkten Bedeutung des Wortes merx — Ulp. 74 (50. 16) 66 — sonst auffallend wäre. Es war bei Proponierung der exceptio wesentlich nur an Auktionen von Mobilien gedacht. Die Jurisprudenz dehnte sodann die exceptio auf alle Arten von Verkäufen aus.

[2] Es ist wohl kein Zufall, daß in (44. 4) 5 § 4 die exceptio redhibitionis und mercis non traditae zusammenstehen: der verdächtig unbestimmte „is, cui hoc dominus permisit“ und „is qui uendidit“ ist hier für den argentarius interpoliert. Ich sehe in dieser Stelle eine wertvolle Bestätigung der im Text aufgestellten Hypothese.

[3] Anders Eisele, die Komp. 247f., SZ 17, 350, Appleton, Comp. 115. Noch anders Kniep, a. a. O. 59. Er denkt an den Fall, wo der argentarius Sachen eines Dritten versteigert hat, und nun seiner Klage aus der argentaria stipulatio eine Gegenforderung gegen diesen Dritten entgegengestellt wird. Wäre eine derartige Aufrechnung überhaupt möglich gewesen, was ich nicht glaube, so hätte die darauf bezügliche exceptio nicht so einfach formuliert sein können wie die überlieferte.

[4] Ist es denkbar, daß zu irgendeiner Zeit der argentarius, der gleich viel zu fordern hatte, wie er schuldig war, seinem Klienten auf Verlangen das Ganze herauszahlen mußte, während er selbst von diesem nichts verlangen konnte?

[5] Beantragte der argentarius diese, dann mochte der Kläger von ihm editio rationum verlangen und sich so über den Stand seines Kontokorrents vergewissern. Die Worte „pecunia pensata“ bezeichnen nach meiner Auffassung hier nicht die eigentliche Kompensation, die nur durch den Richter stattfindet, sondern lediglich die Tatsache, daß die geltend gemachte Forderung durch Gegenforderungen „aufgewogen“ ist. Dies gegen Eisele, krit. Vjschr. 29, 40.

[6] Kniep, a. a. O. 54, schließt sehr mit Unrecht aus der Ausdrucksweise bei Gai. IV, 126 a, Gaius habe eine andre Formulierung der exceptio im Auge als die obige. Ganz unmöglich ist K.s Vorschlag, wonach die exceptio erst hinter der condemnatio nachhinken würde.

Die exceptio pecuniae pensatae muß nach (22. 3) 19 § 3[1] gelautet haben:

si non ea pecunia petitur, quae pensata est.

Die Fassung der exceptio redhibitionis ist nicht überliefert. Die Möglichkeit der Redhibition dürfte in der Wendung „in ea causa esse, ut redhibeatur (redhiberi debeat)", ausgedrückt gewesen sein.[2]

§ 273. *TEMPORIS* (exceptio annalis)

Ulp. 74.[3]

Die Fassung der exceptio annalis ist bekannt:

SI NON PLUS QUAM ANNUS EST, CUM EXPERIUNDI POTESTAS FUIT.

Da Ulp. 74 l. c. die Bedeutung der dies utiles und des „cum experiundi potestas fuit" in einer Weise erläutert, die nicht wohl gestattet, die Stelle als Nebenbemerkung etwa gelegentlich der exceptio redhibitionis zu betrachten, so ist anzunehmen, daß die exceptio annalis im Edikt proponiert war. Es hatte das auch seinen guten Sinn, zwar nicht für die Fälle, in denen das Edikt von vornherein actio nur intra annum verhieß — hier war die exceptio in den Formeln ständig —, wohl aber für die zahlreichen Fälle, wo die Annalbeschränkung auf Praxis und Jurisprudenz beruhte.

Der praescriptio longi temporis[4] begegnen wir in den Ediktkommentaren nicht. Gehen auch ihre Spuren bis in das erste Jahrhundert der Kaiserzeit zurück,[5] so ist doch wohl ihre offizielle Anerkennung erst in der Zeit der Severe erfolgt.[6] Sie ist ohne Zweifel postediktal.

Ebensowenig gewähren die Kommentare Aufschluß über die berüchtigte exceptio annalis Italici contractus — c. 1 (7. 40) —, an der sich so viele scharfsinnige Schriftsteller vergebens versucht haben.[7] Das einzige Zeugnis, das mit einigem Grund darauf bezogen werden kann — das letzte der von mir veröffentlichten Straßburger Fragmente aus Ulpians Disputationen —, ist leider so mangelhaft überliefert, daß auch aus ihm sichere Resultate nicht zu gewinnen sind. Sollte die Deutung richtig sein, die ich, freilich nur hypothetisch, dem Fragment gegeben habe,[8] so wäre die exceptio annalis eine Verjährungseinrede gegenüber der Pfandklage aus einem pignus in Italia contractum.

§ 274. *NE PRAEIUDICIUM HEREDITATI FIAT*

Ulp. 75,[9] Iulian. 50.[10]

[1] Idem erit dicendum, et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur.

[2] Vgl. Ulp. 74 (21. 1) 59 cf. eod. 38 pr. Auch hier nimmt Kniep (S. 57) für Gaius eine abweichende Fassung an. Exceptio in factum nach erfolgter Redhibition: (44. 1) 14, (44. 4) 5 § 4.

[3] (44. 3) 1.

[4] BGU I, nr. 267, Straßb. gr. Pap. nr. 22, Paul. sent. V, 2 § 3. 4, 5[a] § 8, fr. Vat. 7, Marcian. (44. 3) 9, Modest. eod. 3.

[5] Vgl. die Anführungen bei P. M. Meyer, ZvglRW 39, 264.

[6] Partsch, die l. t. pr. (1906) 109f.

[7] Vgl. aus neuerer Zeit E. Danz, die auctor. u. die ann. exc. It. contr. (1876), dazu Pernice, Jen. Lit. Ztg. 1877, 14, Voigt, XII Taf. II, 506 n. 14, Karlowa, in der Heidelb. Festg. für Bekker (1899) 72f.

[8] SZ 27, 71f.

[9] (5. 3) 6.

[10] (44. 1) 13.

Die hierhergehörige exceptio lautete:

QUOD PRAEIUDICIUM HEREDITATI NON FIAT.[1]

Nach ihrem Vorbild wurde auch eine exceptio

QUOD PRAEIUDICIUM FUNDO (PARTIUE EIUS) NON FIAT[2]

gewährt, die aber anscheinend nicht proponiert war.[3] Die exceptio „extra quam in reum capitis praeiudicium fiat" — Cic. de inuent. II, 20 § 59. 60 — ist in den Quellen der klassischen Zeit nicht nachzuweisen.[4]

§ 275. REI IUDICATAE *UEL IN IUDICIUM DEDUCTAE*[5]

Ulp. 75,[6] Paul. 70,[7] Gai. 30,[8] Iulian. 51.[9]

Man nahm früher allgemein[10] an, daß die prozessuale Konsumtion durch zwei Exzeptionen durchgeführt worden sei: exceptio rei in iudicium deductae und exceptio rei iudicatae. Demgegenüber habe ich in der 1. Aufl. dieses Buchs die Behauptung aufgestellt, daß im Album nur eine einzige exceptio proponiert gewesen sei, die beide Fälle zusammenfaßte, sowohl den bereits erlassenen Urteils wie den der bloßen Litiskontestation: eine exceptio „rei iudicatae uel in iudicium deductae". Diese Meinung hat Zustimmung,[11] aber auch entschiedenen Widerspruch[12] gefunden. Ich halte auch heute an ihr fest.

Zur Auseinandersetzung mit den Gegnern wird es vorweg unumgänglich sein, festzustellen, was ich unter der „Einheit" der exceptio verstehe. Diese „Einheit" soll nicht besagen, daß in jedem einzelnen Fall praktischer Anwendung beide Tatbestände in die exceptio aufgenommen werden mußten. Es war zu weit gegangen, wenn ich in der 1. Aufl. dies behauptete. Der seither entdeckte Gaius Augustodun. IV, 110 berichtet umgekehrt:

[1] Iulian. 50 (44. 1) 13, Gai. (10. 2) 1 § 1 — hier die Fassung *„si in ea re q. d. a. rel."* —, Ulp. (5. 3) 25 § 17, Iustinian. C. (3. 31) 12 pr., cf. Gai. IV, 133. Vgl. Bülow, Prozeßeinr. und Prozeßvorauss. 169–172.

[2] Afric. (44. 1) 16, 18. Vgl. Bülow, a. a. O. 172–174.

[3] Anders EP[1] u. [2]. Die Ausdrucksweise Afrikans in (44. 1) 16 spricht eher für allmähliche Durchsetzung durch die Jurisprudenz. S. auch Pissard, quest. préjud. 105, der aber das „utilem" mißdeutet.

[4] Vgl. oben S. 140.

[5] D. (44. 2) de exceptione rei iudicatae. Beselers (II, 139) exc. rei pronuntiatae habe ich im fg. ganz außer Betracht gelassen, da ich in ihr ein reines Phantasiegebilde sehe. Übrigens ist m. E. schon der Ausdruck „exc. r. p." sprachwidrig; der iudex pronuntiiert nicht rem, sondern de re.

[6] h. t. 7, 9, 11, 13, (2. 8) 11 cf. h. t. 11 § 7, 25 § 2, (10. 3) 13, (41. 4) 3.

[7] h. t. 6, 12, 14, (44. 1) 17, (50. 17) 159 = h. t. 14 § 2. Fr. 162 (50. 17) ist fälschlich Paul. 70 inskribiert, ohne daß sich die richtige Inskription ermitteln ließe.

[8] h. t. 15, 17.

[9] h. t. 8, 10, 16, 25, (10. 1) 10, cit. (50 statt 51) (3. 3) 40 § 2.

[10] Vgl. z. B. Keller, Lit. Cont. u. Urt. 209, CP n. 844, Puchta, Institut. § 172, Savigny, System VI, 267, Bethmann-Hollweg, Versuche 152, CP II, 492 n. 31. 632, Bekker, prozess. Cons. 276f., Krüger, prozess. Cons. 44f., bes. 50.

[11] Vgl. z. B. Dernburg, Pand. I, § 162, Girard, manuel (6. éd.) 1057 n. 5, Naber, (obs. 1) Mnem. 17, 115f.

[12] Eisele, Abh. z. röm. CP (1889) 4f., SZ 21, 1f., und ihm folgend Erman, Mélanges Appleton (1903) 294f., Bekker, SZ 24, 347 n. 1, Koschaker, Translatio (1905) 8 n. 3. Siehe auch Manenti, bull. 3, 73 n. 1, 21, 139f., Longo, bull. 14, 260[2], Levy, Konk. I, 56[6].

. . . hoc est, si adhuc pendet iudicium, *rei in iudici*um deductae, si iudicata . . ., rei iudicatae,

und dies ist, mag auch sonst der Verfasser dieser minderwertigen Arbeit keinen blinden Glauben verdienen, durchaus plausibel. Es war, regelmäßig wenigstens, kein Grund, auch noch nach erlassenem Urteil der Tatsache der res in iudicium deducta in der exceptio Erwähnung zu tun.[1] Aber die „Einheit“ der exceptio hängt keineswegs an dieser rein äußerlichen Formulierungsfrage; sie beruht in meinem Sinn darauf, daß, da trotz der möglicherweise verschiedenen Formulierung Fundament, Zweck und Recht der exceptio sich immer gleichblieben, sie als eine proponiert und, so oder so formuliert, in den Augen der römischen Juristen eine und dieselbe war. Darüber aber gewähren die Quellen sichern Aufschluß.

Gaius zunächst, dem wir die tiefere Einsicht in diese ganze Lehre verdanken, weiß überall nur von einer exceptio, der er, immer in der gleichen Wendung, den Namen „exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae“ gibt. Gai. III, 181:

debeo p*er* exc*eptio*n*em* rei iudicatae uel in iudicium deduct*ae* summoueri.

IV, 106:

et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae.

IV, 107:

et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae.

IV, 121:

Peremptoriae sunt quae perpetuo ualent nec euitari possunt, ueluti quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusue consultu*m* factum est aut quod res iudicata est uel in iudicium deducta est.

Man achte in der letzten Stelle auf den Wechsel des „aut“ und „uel“, welch letzteres Wort auch in allen andern angeführten Stellen die beiden Stücke der exceptio miteinander verbindet, und man achte auch darauf, daß überall die Reihenfolge der beiden Tatbestände die gleiche ist. Eisele[2] glaubt freilich das auffallende Eintreten des „uel“ in IV, 121 durch die bloße Identität des Zwecks der beiden Exzeptionen erklären zu können; aber diese Identität hatte für Gaius bei seiner Aufzählung von exceptiones peremptoriae nicht die geringste Bedeutung, und es ist nicht abzusehen, was ihn veranlaßt haben sollte, sie hier äußerlich hervorzuheben.[3] Die Be-

[1] Anders nur dann, wenn über die Gültigkeit des Urteils Zweifel bestanden, z. B. etwa behauptet wurde, es sei lite mortua ergangen.

[2] Abh. S. 6.

[3] Es liegt nahe, sich dem Text gegenüber darauf zu berufen, daß bei Gaius unmittelbar vorher ja auch von dem Exzeptionsgrunde quod contra legem senatusue consultum factum est die Rede ist, der doch ebenfalls mehrere Exzeptionen umfasse. So z. B. Manenti, bull. 21, 164. Das schlägt

weiskraft der drei erstangeführten Stellen meint Eisele[1] dadurch brechen zu können, daß er ausführt, die Ausdrucksweise des Gaius erkläre sich ja vollständig daraus, daß jeweils die eine oder andere der beiden Exzeptionen genüge, um den Kläger zurückzuweisen, also auch immer nur die eine oder andere notwendig sei. Aber verstehe ich Gaius recht, so will er, indem er die „Notwendigkeit" der „exceptio r. i. u. i. i. d." betont, damit gar nicht die Notlage eines einzelnen Beklagten bezeichnen, der je nach Lage der Sache sich durch diese oder jene exceptio schützen müßte. Sein Gedanke ist vielmehr der: da in den angeführten Fällen die zivile Wirkung der Litiskontestation versage, habe zur Abwehr der wiederholten Klage eine exceptio eingeführt werden müssen; er will die Existenz der „exceptio r. i. u. i. i. d." durch diese ihre Notwendigkeit erklären und rechtfertigen.[2] Wenn nun, wie Eisele meint, der Prätor für diesen Zweck nicht eine, sondern zwei verschiedene Exzeptionen eingeführt hätte, so wären diese, im Sinn des Gaius, alle beide „notwendig" gewesen, und Gaius hätte sagen müssen: et ideo necessariae sunt exceptiones r. i. et i. i. d. Man achte aber weiter noch auf den Zusammenhang, in dem bei Gai. III, 181, IV, 106. 107 unsere exceptio auftritt. Der Jurist bezeichnet uns hier die Fälle, wo die „exc. r. i. u. i. i. d." Platz greift. Steckten nun hinter diesem Namen zwei verschiedene Exzeptionen, so hätte er ihr Anwendungsgebiet nicht in einer Weise beschreiben dürfen, die nur für die eine unter ihnen paßte. Er hätte unbedingt sagen müssen, daß die exceptio rei iudicatae ein Urteil, die exceptio rei in iud. ded. nur die Litiskontestation voraussetze. Statt dessen sagt er ganz allgemein und durchgreifend, daß dem Kläger unsere exceptio entgegenstehe, sobald er die Litiskontestation vollzogen habe: si . . . iudicio egerim, si . . . iudicio actum fuerit.[3] Daraus folgt m. E., daß, wenn auch das Urteil in unserer exceptio erwähnt ist, sie dennoch stets lediglich die Wirkung der Litiskontestation geltend macht, nicht eine besondere von dieser verschiedene Wirkung des Urteils. Bleibt freilich die Frage, warum unter solchen Umständen die exceptio des Urteils Erwähnung tat. Ich

jedoch nicht durch. Hier wie dort liegt die Ursache der Zusammenfassung darin, daß das Edikt selbst die mehreren Tatbestände alternativ aneinanderreihte. Das führt zu der Frage, warum dies geschah. Dort geschah es, weil das Album überhaupt nur ein Blankett gab und geben wollte, das mit dem Namen der Lex oder des SC erst seine konkrete Bedeutung erhielt. Hier dagegen ist m. E. der einzige denkbare Grund die Einheit der exceptio in dem eben behaupteten Sinne.

[1] Abh. S. 5.

[2] Man beachte bei Gai. IV, 107 den Gegensatz „exceptio superuacua est" und „exceptio necessaria est". Dem ganzen Zusammenhang nach hätte Gaius, um Eiseles Gedanken auszudrücken, etwa sagen müssen: „et ideo exceptione opus est aut r. i. aut r. i. d." Das einfache uel ließe nicht erkennen, daß die Anwendungssphäre der beiden angeblichen Exzeptionen verschieden ist; es würde vielmehr andeuten, daß der Beklagte sich ganz nach Belieben der einen oder andern exceptio bedienen könne. Dagegen Manenti, bull. 21, 165[2], für mich nicht überzeugend.

[3] Vgl. über die Bedeutung dieser Ausdrücke Wlassak, Prozeßges. I, 29, II, 29 f. A. M. Manenti, bull. 21, 165[2]. Wenn dieser die Beziehung des „si actum fuerit" auf ein „semplice agere arrestatosi alla l. c." nicht gelten lassen will, so sei dagegen auf Gai. III, 180, 181 verwiesen, wo diese Gleichung besonders deutlich hervortritt.

habe im édit perpétuel[1] eine Art historischer Erklärung dafür zu geben versucht. In EP[2] meinte ich, der Prätor sei bei der Formulierung seiner Exzeptionen nicht durch theoretische Erwägungen über die konsumierende Kraft der Litiskontestation beeinflußt worden. Er habe die Wiederholung eines Prozesses de eadem re verhindern wollen. Nun werde ohne Frage in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle ein zweiter Prozeß de eadem re erst dann versucht, wenn der erste im Urteil bereits seinen Abschluß gefunden habe, und diese Tatsache sei es dann, auf die das natürliche Gefühl das entscheidende Gewicht legen werde. Solange der erste Prozeß schwebe, werde der Beklagte der neuen Klage entgegenhalten, daß er schwebe; sei er schon entschieden, so werde er sich darauf berufen, daß die Sache durch Urteil schon erledigt sei. Es wäre pedantisch gewesen, wenn der Beklagte, nachdem längst ein Urteil ergangen, gleichwohl formell sich auf die Geltendmachung der Tatsache hätte beschränken müssen, daß über denselben Anspruch schon einmal ein Prozeß eingeleitet worden sei. Dem habe der Prätor Rechnung getragen, indem er in seiner exceptio nicht nur den Begründungs-, sondern alternativ auch den Schlußakt des früheren Prozesses berücksichtigte.[2] Auch materiell sei übrigens die Erwähnung des Urteils nicht ganz bedeutungslos gewesen, da es Fälle gebe, in denen der Umfang der Konsumtionswirkung erst aus dem Urteil erhelle.[3] Es bedarf indes solcher immerhin problematischen Erwägungen nicht, um den doppelten Tatbestand unserer exceptio zu erklären. Den richtigen Weg hat eine freilich nicht hierhergerichtete Bemerkung Beselers gezeigt. „Res in iudicium deducta est" kann in zwiefachem Sinn verstanden werden. Es kann die Tatsache bedeuten „rem in iudicium peruenisse", eine Tatsache, die auch nach erlassenem Urteil bestehen bleibt.[4] Es kann aber auch den Zustand des in iudicio esse (vgl. die Ausdrucksweise der lex agraria von 643 in der n. 2) bedeuten, einen Zustand, der mit dem Urteil aufhört. Der Prätor nun hatte bei der Formulierung unserer exceptio diese zweite Bedeutung im Auge und *mußte* daher die res iudicata darin miterwähnen, nicht, weil sich an sie eine neue von der Wirkung der L. C. verschiedene Wirkung angeknüpft hätte, sondern um klarzustellen, daß die Wirkung der L. C. durch die Beendigung des Judiziums nicht berührt werde.[5]

Der Schluß, den wir aus der Darstellung des Gaius ziehen, wird in wertvoller Weise bestätigt durch eine Äußerung des stets wohlunterrichteten Thaleläus, das schol. 14 i. f. in Basil. XVII, 2, 3 (suppl. Zachariae 156), auf das P. Krüger[6] aufmerksam gemacht hat:

[1] II, 257.

[2] Ob dies von jeher in der gleichen Form geschah, wissen wir nicht. In der lex agr. von 643 (C.I.L. I, 175 n. 200) lin. 38 findet sich, worauf Eisele hingewiesen hat, die Wendung „quae res soluta n[*on siet inue iudici*]o non siet iudicataue non siet", (dazu Eisele, SZ 35, 322, und gegen ihn Wlassak, Jud. bef. 277f.), bei Cic. de orat. I, 37 § 168 eine exceptio „quod ea res in iudicium ante non uenisset." Zum Text vgl. noch Partsch, SZ 31, 436.

[3] Vgl. h. t. 7 § 3, 15, 16, 19, (3. 5) 7 § 2.

[4] Beseler, IV, 3.

[5] Vgl. meine Abh. SZ 45, 37f.

[6] Krit. Vjschr. 32, 321.

ἀντίκειται δὲ αὐτῷ ἡ rei in ἰουδικίουμ deductae ἢ rei iudicatae παραγραφή.

Deutlicher kann die Einheit der exceptio wohl kaum zum Ausdruck gebracht werden.

Zu alledem kommt nun aber noch, für sich allein schon entscheidend, der Inhalt der Kommentare. Wer diese, insbesondere den Ulpians, aufmerksam durchgeht, der muß erkennen, daß wir nicht nach verlorenen Kommentarfragmenten zur exceptio rei in iud. ded. zu suchen haben, daß vielmehr die Juristen die exceptio, die Gaius als eine überliefert, auch als eine kommentierten.[1] Ulpian z. B. spricht in fr. 7 pr. § 1. 2. 4. 5 h. t. nirgends von einem erlassenen Urteil; er bezeichnet hier die die Exzeption begründenden Tatsachen durchaus in Wendungen, die auf die Litiskontestation hinweisen: „si quis, cum petierit, petat" u. ähnl. Desgleichen in fr. 11 § 1. 2. 4–6. 8–10 h. t.[2] Und mitten nun unter diesen Entscheidungen finden wir andere, die das Urteil als erlassen voraussetzen:[3] fr. 7 § 3, 9, 11 pr. § 3 h. t. Nichts aber deutet gerade hier etwa darauf, daß der Text durch die Kompilatoren verändert wäre; fr. 7, 9, 11 pr.–§ 6 enthalten vielmehr offenbar eine zusammenhängende Erörterung des Begriffs der „eadem res". Hätte es zwei Exzeptionen gegeben, so würde Ulpian sicher zuerst die eine erläutert und bei Erläuterung der zweiten auf die erste zurückverwiesen haben; eine Verschmelzung der Erläuterung zweier Rechtsmittel wäre ohne Beispiel bei ihm. Ganz besondere Aufmerksamkeit beansprucht aber noch die Art der Fragestellung und Entscheidung in fr. 9 h. t., einer Stelle, die ich trotz einzelner Anstöße, im wesentlichen für echt halte:[4]

> Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista?

Man sieht, hier ist nur die Rede von einem geschehenen petere, d. h. der Litiskontestation, der deductio in iudicium. Aber der Jurist fährt fort:

> Et putem, siue fuit iudicatum hereditatem meam esse siue aduersarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.

[1] Bestritten von Eisele, SZ 21, 22f. Er stellt fr. 4 h. t. und fr. 11 § 7 h. t. einander gegenüber und bezieht erstere Stelle auf die exc. r. iud., letztere auf die exc. rei i. i. ded. Allein fr. 4 cit. gehört, wie ihre Inskription Ulp. 72 beweist, überhaupt nicht unter den Titel „de exceptionibus"; diese Inskription zu verdächtigen, haben wir keinen Grund, — fr. 4 kann sehr wohl eine Nebenbemerkung aus dem Traktat zum Utrubi enthalten. Fr. 11 § 7 aber bringt Eisele überhaupt erst dadurch in die für seine These erforderliche Verfassung, daß er die entscheidenden Eingangsworte für interpoliert erklärt. Aber dürfen wir andererseits unbedingtes Zutrauen zu dem Wortlaut eines Fragmentes haben, das, wie fr. 4, aus seinem ursprünglichen Zusammenhang gerissen ist? Man braucht sich nur vorzustellen, daß fr. 4 in diesem Zusammenhang, wie wahrscheinlich, irgendeine Entscheidung begründen sollte, also etwa lautete „quia haec exceptio" usw., und Eiseles Argumentation stürzt zusammen. Auf den Gesamtinhalt von Ulpians Kommentar geht Eisele nicht ein.

[2] Ebenso Paulus h. t. 14 § 1. 3, (44. 1) 17, Iulian. h. t. 8, 25.

[3] Ebenso Gaius in h. t. 15, 17, Iulian. in h. t. 10, 16.

[4] An mutilazioni glaubt Manenti, bull. 25, 172f. Viel weiter geht Beseler II, 145.

Tritt hier nicht klar zutage, daß die Tatsache des Urteils keinen Wechsel in der zuständigen exceptio zur Folge hat, daß die exceptio immer die gleiche bleibt: „ista exceptio“, von der der ganze Kommentar handelt?

Die exceptio wird im Album in folgender Form proponiert gewesen sein:[1]

Si ea res q. d. a.[2] iudicata non est inue[3] iudicium deducta non est[4],[5]

Die praescriptio „de eadem re alio modo“, von der wir durch Cicero wissen,[6] daß die Juristen sie „in actionibus“ oder „in formulis“ zu verwenden pflegten, darf nicht an dieser Stelle des Albums gesucht werden. Es war das m. E. überhaupt keine praescriptio im prozessualen Sinn, sondern einfach eine Überschrift, deren man (vielleicht auch der Prätor) sich bediente, wenn für denselben Anspruch mehrere Formeln zur Verfügung standen, die hintereinander angeführt wurden.[7] Eine Reminiszenz an diese Art „praescriptio“ liegt uns vielleicht bei Gai. IV, 60 vor, wenn hier darauf aufmerksam gemacht wird, daß in der formula in factum concepta aus Depositum „alio modo res q. d. a. designetur“ als in der formula in ius concepta.[8]

§ 276. REI UENDITAE ET TRADITAE[9]

Ulp. 76.[10]

Die exceptio lautete:

Si non As As[11] *fundum*[12] *q. d. a. No No*[13] *uendidit*[14] *et tradidit.*[15]

Der Übergang der exceptio auf die sog. Singularsukzessoren wird aus dem Musterformular wohl nicht zu erkennen gewesen sein;[16] er dürfte auf Jurisprudenz und Praxis zurückzuführen sein.[17]

[1] Ulp. 75 h. t. 9 § 2, 11 § 3. 7.

[2] Ulp. 75 h. t. 7, 9, 11, 13, Paul. 70 h. t. 12, 14, (44. 1) 17, Gai. 30 h. t. 15, 17, Iulian. 51 h. t. 8, 10, 25.

[3] Nicht „uel in“: s. Eisele, SZ 21, 2f.

[4] In der 1. Aufl. fügte ich bei: inter Nm Nm et Am Am. Dagegen mit Recht Eisele, Abh. 111f. Vgl. besonders h. t. 4, 12, 14 pr., 22, 27. Über fr. 9 § 2, 11 § 3 h. t. vgl. Eisele, a. a. O. 118f., über fr. 7 § 2 daselbst 123.

[5] Replicatio rei secundum se iudicatae: h. t. 9 § 1, (20. 1) 16 § 5. Dazu R. Leonhard, Bresl. Festg. für Dahn (1905) 67f., und gegen ihn Erman, SZ 27, 405ff.

[6] ad. fam. XIII, 27 § 1, de fin. V, 29 § 88.

[7] Vgl. auch Alibrandi, opp. I, 171.

[8] Anders wieder Wlassak, klass. Prozeßf. 37[36].

[9] D. (21. 3).

[10] h. t. 1, (50. 16) 67 pr., (50. 17) 160 pr. § 1. Da fr. 160 § 2 eod. wahrscheinlich auf die exceptio doli geht, vgl. (44. 1) 6, so stand unsere exceptio wahrscheinlich vor der exceptio doli.

[11] *Is cui As As heres extitit:* Ulp. 76 h. t. 1 § 1. *Auctor Ni Ni ex uoluntate Ai Ai:* h. t. 1 § 2, (50. 17) 160 pr., (6. 2) 14, (41. 4) 7 § 6. *Curator Ai Ai*: (27. 10) 7 § 1. *De rebus uniuersitatis:* Ulp. 76 (50. 17) 160 § 1.

[12] Der eigentliche und ursprüngliche Fall der exceptio war Verkauf und Tradition einer res mancipi durch den Eigentümer. Arg. h. t. 1 pr.

[13] Successoribus etiam eius et emptori secundo . . . proderit: h. t. 3 pr. In factum: h. t. 1 § 4 i. f.

[14] Ulp. 76 (50. 16) 67 pr.

[15] Ulp. 76 h. t. 1 § 5, cf. (6. 2) 14.

[16] A. M. R. Leonhard, Jahrb. f. Dogm. 17, 202.

[17] So die herrschende Meinung, vgl. Bonfante, ital. Übers. v. Glück zu tit. XXI, 3, S. 363f., Longo, bull. 14, 252f., Mitteis, röm. Priv. R. I, 114[57] u. a. H. Krüger, Beitr. z. L. v. d. exc. doli (1892) 6ff. sucht nachzuweisen, daß die exc. r. uend. et trad. überhaupt im Edikt nicht proponiert gewesen sei. Gegen ihn: Ferrini, I. L. 25, 844f., Erman, SZ 14, 237f. Bonfante,

§ 277. DOLI MALI ET METUS[1]

Ulp. 76,[2] Paul.[3] Gai. 30,[4] Iulian. 51.[5]

Gai. IV, 119:

... sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO Ai Ai[6] FACTUM SIT NEQUE FIAT.[7,8]

Cf. Ulp. 76 h. t. 2 § 1. 3–5.

Ulp. 76 h. t. 4 § 33:

... metus causa exceptio[9] in rem scripta est: SI IN EA RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST.

Cf. Gai. IV, 121.

§ 278. QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR[10]

Ulp. 76,[11] Paul. 71,[12] Gai. 30.[13]

Unter dieser Rubrik waren diejenigen Exzeptionen vereinigt, denen in den frühern Ediktabschnitten ein besonderes die actio versagendes Edikt korrespondierte. In den erhaltenen Kommentarfragmenten finden sich deren drei erörtert (womit nicht gesagt ist, daß es die einzigen dieses Ursprungs waren).[14]

1. Die exceptio iurisiurandi[15] (vgl. § 54), etwa:

Si non Ns Ns[16] Ao Ao[17] deferente iurauit se Ao Ao dare non oportere (rem q. d. a. Ai Ai non esse).

Cf. Ulp. 22 (12. 2) 9 pr.

2. Die exceptio negotii in alea gesti[18] (vgl. § 64).

3. Die exceptio onerandae libertatis causa[19] (vgl. § 140):

si non onerandae libertatis causa[20] promissum est.

a. a. O. 340f. Die Vermutung Ermans (a. a. O. 253f.) über die Fassung der exceptio scheint mir durch fr. 4 § 32 (44. 4) nicht genügend begründet. Vgl. zu dieser Stelle namentlich Beseler I, 111.

[1] D. (44. 4).

[2] h. t. 2, 4, (50. 17) 160 § 2, cf. (44. 1) 6, h. t. 4 § 29.

[3] h. t. 1, 3, 5, (44. 1) 6, (46. 7) 2, (3. 3) 58, vgl. Paling. I, 1086 n. 10.

[4] h. t. 6.

[5] (46. 1) 15.

[6] Exprimendum est, de cuius dolo quis queratur: Ulp. 76 h. t. 2 § 1. Vgl. Ulp. 76 h. t. 4 § 17–32, (50. 17) 160 § 2, Paul. 71 (44. 1) 6.

[7] Ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: Ulp. 76 h. t. 2 § 2. „Neque fit“: Ulp. 76 h. t. 2 § 3. 5, Paul. h. t. 8 pr. (dolo facit, qui petit quod redditurus est).

[8] In factum aduersus parentes patronosque: Ulp. 76 h. t. 4 § 16, cf. Cic. ad Attic. VI, 1 § 15.

[9] C. (8. 37 [38]) 9: exceptione proposita. Zur Geschichte vgl. Ulp. 76 h. t. 4 § 33.

[10] D. (44. 5).

[11] h. t. 1, (46. 1) 32, cf. h. t. 1 § 3.

[12] h. t. 2.

[13] (12. 2) 31.

[14] Wlassak, SZ 33, 147.

[15] Ulp. 76 h. t. 1 pr.–§ 3, Paul. 71 h. t. 2 pr., Gai. 30 (12. 2) 31.

[16] Vgl. (12. 2) 23, 24, 28 § 3, Ulp. 76 h. t. 1 § 3.

[17] Vgl. (12. 2) 17 § 1–3, Ulp. 76 h. t. 1 § 1.

[18] Paul. 71 h. t. 2 § 1, vgl. Ulp. (22. 3) 19 § 4.

[19] Ulp. 76 h. t. 1 § 4-ult., Paul. 71 eod. 2 § 2. Vgl. (44. 1) 7 § 1.

[20] Ulp. 76 h. t. 1 § 5, Paul. 71 eod. 2 § 2. Zur Geschichte vgl. (38. 2) 1 § 1.

§ 279. SI QUID CONTRA LEGEM SENATUSUE CONSULTUM FACTUM ESSE DICETUR[1]

Ulp. 76, Paul. 71, Iulian. 51.

Die einzelnen Gesetze und Senatuskonsulte, auf Grund deren Exzeptionen erteilt wurden, waren im Edikt natürlich nicht aufgezählt, sondern nur die allgemeine Formel proponiert:

si in ea re nihil contra legem senatusue consultum factum est.

In den Kommentaren wurde hier näher nur auf solche gesetzliche Bestimmungen eingegangen, die nicht schon in frühern Abschnitten erörtert worden waren,[2] so namentlich:

1. auf die lex Cincia, Ulp. 76,[3] Paul. 71,[4] Paul. 23 breu.[5] Neben der eigentlichen exceptio legis Cinciae[6] finden wir hier in fr. Vat. 310 noch eine (im Edikt wohl nicht proponierte) exceptio in factum[7] erwähnt:

SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAUI uel PROMISI ME DATURUM.

2. vermutlich auf die lex Plaetoria:[8] doch ist von den die exceptio legis Plaetoriae[9] betreffenden Erläuterungen nichts erhalten;

3. auf das Edikt des Augustus de rebus litigiosis,[10] Ulp. 76.[11]

Gai. IV, 117a:

> . . . si fundum litigiosum[12] sciens *a* non possidente[13] emeris eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summoueris.

Fragm. de iure fisci § 8:

> *Qui contra e*dictum diui Augus*ti re*m litigiosam a *non possi*dente comparauit, praeterquam *quod* emptio nullius momenti est, poenam . . . fisco repraesentare compellitur.

Möglich übrigens, daß die exceptio rei litigiosae, weil weder auf eine eigentliche lex noch auf ein Senatuskonsult zurückgehend, in factum konzipiert und besonders proponiert war.

[1] Gai. (44. 1) 3, cf. Gai. IV, 121. *Siue quid in fraudem legis senatusue consulti factum esse dicetur?* Arg. (2. 14) 7 § 7, (1. 3) 29, (16. 1) 8 § 6, 32 § 3.

[2] Daher z. B. nicht auf die exceptio SCi Macedoniani und SCi Vellaeani. Nur bei Iulian. 51 (16. 1) 15 findet sich eine Bemerkung über die letztere, die aber auch gelegentlich einer andern exceptio gemacht worden sein kann. [7, (50. 16) 67 § 1.

[3] (35. 2) 46, (39. 5) 3, 19, (39. 6) 32, (44. 7)

[4] (24. 1) 14, fr. Vat. 298–309.

[5] Fr. Vat. 310. 311.

[6] Vgl. auch (39. 5) 21 § 1, (44. 4) 5 § 2. 5. Paul. lib. sing. ad l. Cinc. (1. 3) 29: „Contra legem“ facit qui id facit quod lex prohibet, „in fraudem“ uero, qui saluis uerbis legis sententiam eius circumuenit.

[7] Über deren Zweck findet man Vermutungen bei Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l. (gegen ihn Mitteis, röm. Priv. R. I, 70[23]), Rudorff, EP § 290 n. 2, Karlowa, CP 351, Ascoli, bull. 6, 185.

[8] Tab. Heracl. lin. 112, fr. de form. Fab. § 4, BGU II nr. 611, Cic. de off. III, 15 § 61, de natur. deor. III, 30 § 74. Cf. Plaut. Rudens V, 3, 25.

[9] (44. 1) 7 § 1. Dazu Huschke, ZRG 13, 321 f., und jetzt Debray, mél. Gir. I, 282 f., der den sonstigen Spuren der exceptio in der Kompilation nachgeht.

[10] D. (44. 6), C. (8. 36 [37]).

[11] (44. 6) 1, (41. 2) 17.

[12] Ulp. 76 (44. 6) 1, Seuer. et Antonin. C. h. t. 1. Vgl. auch (16. 1) 27 § 1.

[13] Ulp. 76 (41. 2) 17, cf. C. (8. 27 [28]) 2.

Tit. XLV

DE STIPULATIONIBUS PRAETORIIS[1]

Ulp. 77–81, Paul. 72–78, Gai. 27. 28, Iulian. 52–58.

Der letzte Abschnitt des prätorischen Edikts enthält die prätorischen Stipulationen, d. h. ihre Formulare.[2] Einleitende Edikte sind hier als Regel nicht vorhanden, da ja die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Pflicht oder das Recht zur Eingehung oder Anbietung einer solchen Stipulation bestehe, fast überall schon in frühern Abschnitten des Edikts erledigt war: man denke an die Titel de uadimoniis, de satisdando, de tutelis, de legatis, de operis noui nuntiatione u. a. m. Ausnahmsweise finden wir freilich auch in diesem Abschnitt ein Edikt,[3] wie ja auch im Anschluß an die Interdiktsformulare dergleichen vorkommt.

Was die Kommentare anlangt, so springt Ulpian anscheinend sofort in medias res. Nach einer kurzen Betrachtung über die prätorischen Stipulationen überhaupt — Ulp. 77 (fälschlich: 70) (46. 5) 1 — wendet er sich alsbald zu den einzelnen Stipulationen des Albums. Ebenso handelt das wenige, was aus Gaius' Kommentar erhalten ist, durchaus vom Detail einzelner ediktaler Stipulationen. Dagegen hat Paulus diese Gelegenheit ergriffen, um einleitungsweise die ganze Lehre von den Stipulationen vorzutragen; und ebenso finden sich in den Digestenschriften und sonstigen Werken, die dem Ediktsystem folgen, hier überall allgemeine Erörterungen über die Stipulationen überhaupt. Hierher gehört aus Paulus der ganze lib. 72,[4] wo nur gelegentlich eine oder die andere Bemerkung über Bestandteile prätorischer Stipulationen mitunterläuft,[5] aus Julian aber gar die drei Bücher 52–54. Bei Paul. 73 folgt zunächst die allgemeine Einleitung zu den prätorischen Stipulationen, wovon wir in fr. 2 (46. 5) ein Stück vor uns haben, und sodann Einzelerörterungen,[6] von denen wir nicht ermitteln können, ob sie bereits Beziehung auf bestimmte ediktsässige Stipulationen haben oder ob sie (was mir wahrscheinlicher) gleichfalls noch einleitender Natur sind, indem sie nämlich solche Fragen betreffen, die bei vielen prätorischen Stipulationen gleichmäßig wiederkehrten. Sichere Beziehungen auf spezielle Kautionen finden wir erst bei Paul. 74, Iulian. 55.

Was die Zahl der von mir aufgenommenen Stipulationen betrifft, so habe ich drei von Rudorff rezipierte auslassen zu sollen geglaubt. Einmal

[1] D. (46. 5).

[2] Vgl. l. Rubria c. 20 lin. 24 f., 34 f. Daher das oft wiederkehrende satisdare ex forma (secundum formam) edicti, s. z. B. (2. 8) 14, C. (5. 42) 4.

[3] (35. 3) 4 pr.

[4] (44. 7) 43, (45. 1) 83, (45. 3) 29, (46. 1) 34, (46. 2) 20.

[5] Vgl. (45. 1) 83 pr. § 5 i. f. § 8.

[6] (50. 16) 70, (26. 5) 16.

die Satisdationen, die nach Gai. III, 125 auf Grund der lex uicesima hereditatium „proponuntur" (Rudorff, EP § 297): dafür, daß diese im Album des Prätors proponiert waren, sprechen weder innere Gründe noch Quellenzeugnisse. Zweitens die dem Substituten von dem bedingt Eingesetzten zu leistende Kaution (EP § 299): es wird sich unten (§ 281) ergeben, daß diese nur eine Anwendung der cautio pro praede litis et uindiciarum war; daß sie nicht besonders proponiert war, zeigt übrigens deutlich Ulp. 77 (2. 8) 12 v.: inter omnes conuenit. Endlich die cautio de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur uel minuuntur: hierüber das Nähere S. 539 n. 1.

§ 280. *UADIMONIUM SISTI*

Ulp. 77,[1] Iulian. 55.[2]

Welche Formeln hier proponiert waren, das können wir lediglich aus dem Edikttitel de uadimoniis (s. S. 80ff.) schließen: die erhaltenen Kommentarfragmente geben uns so gut wie keine Ausbeute. Nach dem Inhalt jenes Titels aber haben wir hier zu erwarten:

1. das auf quanti ea res erit gestellte Vadimonium „si iudicati depensiue agatur", Gai. IV, 186;

2. das auf eine certa summa gestellte ex ceteris causis, Gai. eod.;

3. speziell: das ebenfalls auf eine certa summa gestellte „si ex noxali causa agatur".[3] —

Allen Vadimonien gemeinsam ist, daß das Versprechen zunächst auf „illa die illo loco sisti"[4] geht: das Interesse oder die poena ist für den Fall „si non stiteris" ausbedungen. Das Vadimonium si ex noxali causa agatur ist auf „in eadem causa sisti oder exhiberi" gerichtet.[5] Den Parteien stand es mit Zustimmung des Prätors[6] frei, die Folgen der Versäumung des Vadimoniums anders zu normieren, namentlich auch das „ni stiteris, tantam pecuniam dari" wegzulassen.[7]

Über die Fassung der Vadimonien im einzelnen sind wir nicht unterrichtet. Dieselbe darf nicht allzu kurz und einfach gedacht werden,[8] ohne daß aber andererseits Grund zu der Annahme wäre, daß sie besonders verwickelt gewesen sei.[9] Rekonstruktionsversuche sind nach Lage der Quellen zwecklos.[10]

[1] (2. 11) 9, (22. 2) 8, (45. 1) 81, (50. 17) 161. Cf. Ulp. 77 (46. 5) 1 § 3.

[2] (2. 11) 13, (35. 1) 24.

[3] Oben S. 82. Hierher Ulp. 77 (2. 11) 9.

[4] Gai. IV, 184, Gell. N. A. VI, 1 i. f.

[5] Oben S. 82. Paul. 72 (45. 1) 83 i. f.

[6] Ulp. 77 (46. 5) 1 § ult. Durch diese Stelle erfährt fr. 52 pr. (45. 1) die m. E. selbstverständliche Einschränkung.

[7] Ulp. 77 (45. 1) 81. Fliniaux, le vadim. 71, möchte diese Stelle nur auf außergerichtliche Vadimonien bezogen wissen.

[8] Ouid. amor. I, 12, 23: uadimonia garrula.

[9] Über Cic. ad Quint. fr. II, 13 (15ª) § 3 vgl. Keller, CP n. 544.

[10] Keinen Anhalt dafür gewähren die von Wenger, Papyrusstudien (1902) 61ff., als Vadimonien gedeuteten griechischen Urkunden in den ägyptischen Papyri. Abgesehen davon, daß diese Deutung nichts weniger als sicher ist, — im besten Fall würde es sich doch nur um Urkunden aus der griechisch-ägyptischen Praxis der extraordinaria cognitio handeln, die uns gewiß kein zuverlässiges Bild von den Formularen des Albums geben.

Wegen der Höhe des Vadimoniums konnten Schwierigkeiten entstehen, wenn der Kläger auf Grund seines Kalumnieneids promissio poenae bestimmten Betrags verlangte, der Beklagte dagegen behauptete, daß diese Summe die Hälfte des Streitwerts übersteige. Über solche Streitpunkte dürfte i. d. R. der Prätor selbst kognosziert haben;[1] sonst blieb wohl nichts übrig, als einen arbiter zu ernennen und diesem, sei es als Delegiertem des Prätors,[2] sei es in einer Präjudizialformel, die Entscheidung darüber zu übertragen.[3]

§ 281. PRO PRAEDE LITIS ET UINDICIARUM

Ulp. 77,[4] Paul. 74,[5] Iulian. 55.[6]

Gai. IV, 91. 94:

> Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agit*ur* aut per sponsionem, siquidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet quae appellatur IUDICATUM SOLUI, si uero p*er* sponsionem illa quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET UINDICIARUM . . . (94) ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS UINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et u*in*diciis, id est pro re et fructibus, a possessor*e* petitori dabantu*r*.

Prob. 5, *22*: P. P. L. V. = pro praede litis uindic*iar*um. Cf. fr. Vat. 336. Cic. in Verr. II[1] 45 § 115.

Unter den Digestenstellen, die in ihrem gegenwärtigen Wortlaut von der cautio iudicatum solui handeln, sind zweifellos nicht wenige, die ursprünglich die cautio p. p. l. u. betrafen und erst durch die Kompilatoren auf die cautio i. s. umgemodelt wurden; dieser Vorgang ist aber nicht überall mit Sicherheit nachzuweisen. Um so wertvoller ist es, daß wir mindestens bei einem Kommentar — dem Ulpians — eine Anzahl von Stellen mit großer Sicherheit der cautio p. p. l. u. zuweisen können. Die Kompilatoren lassen den Ulpian in lib. 77. 78 von der cautio i. s. handeln. Es geht nun keineswegs an, mit Rudorff (EP § 295 n. 1, § 296 n. 1) beide Bücher zu beiden Kautionen zu ziehen. Nicht nur nämlich liegt eine solche Parallelbehandlung gar nicht in den Gewohnheiten Ulpians. Es ergibt

[1] Arg. (46. 5) 1 § 9. 10.

[2] In diesem Sinne Partsch, SZ 31, 438.

[3] Ganz gewiß gehört aber nicht hierher das von Bülow, de praeiud. form. (1859) 16, hierhergezogene praeiudicium an ea res d. q. a. maior sit C sestertiis bei Paul. sent. V, 9 § 1. Bei Streit darüber, ob ein Vadimonium von 50000 Sesterzen zu stellen sei oder von weniger als 50000, war die entscheidende Frage nicht, ob der Streitwert 100000 übersteige (maior sit HS C̄), sondern ob er 100000 erreiche (etwa: HS C̄ plurisue sit). Vgl. über obiges praeiudicium § 281 a. E.

[4] (46. 7) 3, 5, (2. 8) 12, (2. 12) 6, (4. 8) 36, (42. 1) 26, (46. 1) 33, (46. 3) 57 cf. Pal. II, 869 n. 10, (46. 4) 20, (50. 16) 68.

[5] (46. 7) 8, 11. Fr. 44 (44. 7) und die dazugehörigen fr. 34 (40. 4), fr. 46 (17. 1), fr. 84 (45. 1), die ich in EP[1] hierherbezogen hatte, enthalten eine allgemeine Erörterung, die wohl schon durch das Vadimonium veranlaßt war.

[6] (6. 1) 52, 55, (46. 7) 4, 14; (1. 3) 20?

sich auch aus den zweifellos auf die cautio i. s. gehenden, offenbar einleitenden[1] Worten des Juristen in Ulp. 78 (46. 7) 6, daß er die cautio i. s. erst in lib. 78 behandelt hat:

> Iudicatum solui stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.

Die Voranstellung der zivilen oder an Zivilrecht sich anlehnenden Rechtsmittel entspricht ja auch nur der allgemeinen Regel, wenn nicht des Edikts, so doch jedenfalls des Ulpianschen Kommentars. Kann daher Ulp. 77 mit Gewißheit für die cautio p. p. l. u. in Anspruch genommen werden,[2] so sind dagegen die Stellen aus den übrigen Kommentaren mit Vorsicht zu benutzen, soweit nicht durch Parallelstellen des Ulpianschen Kommentars die Beziehung ihres Inhalts auf unsere cautio nachgewiesen werden kann.

Wenden wir uns nunmehr zu dem Inhalt unserer Kaution, so gibt ihr Rudorff (EP § 296) nach Analogie der cautio i. s. ebenfalls tres clausulas in unum collatas: die erste de re iudicata gestellt auf „*quod ob eam rem te heredemque tuum . . . pro praede litis uindiciarum dare facere oportet, id dari fieriue*", die zweite de re defendenda auf „*quamdiu res sit, rem uiri boni arbitratu defendi*", die dritte de dolo malo auf „*si huic rei dolus malus non aberit afuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dari*". Und all dies, als ob es nicht etwa bloß dem Inhalt nach, sondern wörtlich erwiesen wäre, während in Wirklichkeit die Formulierung sowohl im ganzen wie im wesentlichen einzelnen nachweisbar verfehlt ist.[3] Im folgenden soll versucht werden, das, was sich über unsere Kaution ermitteln läßt, quellenmäßig zu belegen.

In der cautio p. p. l. u. waren „plures causae una quantitate conclusae",[4] d. h. die Stipulation enthielt mehrere Bedingungen, von denen nur eine einzutreten brauchte, um die am Schlusse der Stipulation versprochene quantitas zum Verfall zu bringen. Als solche causae sind sicher nachweisbar die clausula ob rem iudicatam,[5] die clausula ob rem non defensam,[6] die clausula de dolo malo (s. unten S. 524, Ziff. 3).

1. Die clausula ob rem iudicatam ist uns in ihrem wesentlichsten Teile erhalten bei Cels. (50. 16) 158:

[1] Bestritten von Karlowa, RG II, 441 n. 2. Er meint, die Worte könnten auch irgendeinem andern Zusammenhang entnommen, z. B. der Besprechung der clausula doli vorausgeschickt sein. Auch hält er es für nicht denkbar, daß die Kompilatoren mehr Stellen aus dem Kommentar zur cautio p. p. l. u. als aus dem zur cautio i. s. in die Digesten aufgenommen hätten. Er hat weder den Inhalt von Ulp. 77 noch die Bemerkung beachtet, die ich unten im Eingang des § 282 mache.

[2] Man vergleiche noch das deutlich interpolierte „pro quo satis de lite acceperam" bei Ulp. 77 (46. 1) 33.

[3] Nur wenig besser ist die Formulierung Jordans (de praed. lit. et uind. diss. 1860, 62). Vgl. auch noch Voigt, Ius nat. III, 820.

[4] Ulp. 77 (46. 7) 5 § 2, (46. 4) 20. Im gleichen Sinne sagt fr. 13 pr. h. t.: unam clausulam in stipulatione iudicatum solui (p. p. l. u. *ser.*) et ob rem non defensam et ob rem iudicatam in se habere. Der Schlußsatz dieser Stelle ist m. E. zweifellos interpoliert, s. S. 535.

[5] Ulp. 77 (46. 4) 20.

[6] Ulp. 77 (46. 7) 3 § 9, 5 § 3. 7, (46. 1) 33.

item in stipulando[1] satis habemus de herede cauere „si ea res secundum me heredemue meum iudicata erit" et rursus „quod ob eam rem te heredemue tuum".

Die hervorgehobenen Worte[2] passen vortrefflich in eine Klausel, deren Verfall sich nicht an eine Geldkondemnation knüpfte, sondern an das im Sponsionsprozeß, sei es auch indirekt, gefällte Urteil über die Zuständigkeit des streitigen Rechts selbst: es ist ja bekannt, daß der Ausdruck „secundum me (testamentum, libertatem etc.) iudicatum est" gerade für die pronuntiationes de iure der vorzugsweise technisch übliche war.[3] Freilich aber ist die Bedingung, wie sie uns Celsus überliefert, nicht vollständig. Zunächst enthielt sie zweifellos die Bezeichnung des Gerichts (Einzelrichter oder Zentumvirn), von dem das Urteil ausgehen sollte, vgl. Ulp. 77 (46. 7) 3 pr.:

Si quis apud aliquem iudicem iturus stipulatus est *pro praede litis uindiciarum*[4] et agit apud alterum, non committitur stipulatio, quia non huius iudicis sententiae *sponsores*[5] se subdiderunt.[6]

Scharfsichtig hat Wlassak[7] bemerkt, daß hier die Worte „apud aliquem iudicem" sehr wahrscheinlich an die Stelle eines ursprünglichen „apud centumuiros" getreten sind. Es bleibt daher zweifelhaft, ob, wie man aus dem überlieferten Wortlaut zu schließen versucht wäre, in der Kaution der etwaige Einzelgeschworene bei Namen genannt wurde.[8] Allerdings ist uns für die cautio iudicatum solui der extraordinaria cognitio ausdrücklich bezeugt, daß sie die persönliche Bezeichnung des iudex datus enthielt.[9] Aber im ordentlichen Verfahren mit Geschworenen lag die Sache doch insofern wesentlich anders, als hier zur Zeit, wo die Kaution gestellt wurde — vor der Litiskontestation[10] —, die Person des iudex noch gar nicht formell feststand, mochten sich auch die Parteien vielleicht vorläufig schon darüber geeinigt haben.[11] Man hätte sich nun ja immerhin über diese Unsicherheit dadurch hinweghelfen können, daß man dem genannten Namen ein „quiue in eius locum substitutus erit" hinzufügte, ein Zusatz, der uns wiederum

[1] Man beachte, daß die Stipulation nicht genannt ist: Celsus nannte sie ohne Zweifel; wenn die Kompilatoren den Namen streichen, so läßt das vermuten, daß wir es hier mit einer zu Justinians Zeit nicht mehr praktischen Stipulation zu tun haben.

[2] Zu dem „heredemue tuum" wurde vielleicht noch hinzugefügt „eumue ad quem ea res pertinet", vgl. Paul. 73 (50. 16) 70 i. f. Doch ist dies nicht erweislich.

[3] Vgl. z. B. (5. 3) 57, (6. 1) 57, (44. 2) 9 § 1, 30 § 1, (44. 4) 4 § 7, (20. 1) 16 § 5, (40. 12) 27 § 1, (5. 2) 8 § 16, 10 pr., (49. 14) 2 § 4, 15 § 4. Vgl. auch Jordan, l. c. 62 n. 95.

[4] *Dig.:* iudicatum solui.

[5] *Dig.:* fideiussores.

[6] Vgl. auch Ulp. (5. 1) 64 § 1: si quis alio iudicio acturus iudicatum solui satis acceperit, deinde [in] alio iudicio agat, non committetur stipulatio . . .

[7] SZ 25, 134 n. 1.

[8] So die 1. Aufl. und éd. perp. Vgl. auch Duquesne, transl. iud. 230f.

[9] Scaeu. (46. 7) 20. Daß diese Stelle von dem iudex datus der extr. cogn. zu verstehen ist, geht für mich nicht, wie Perrot, l'appel (1907) 36[3] meint, aus dem bloßen Gebrauch des Ausdrucks iudex datus hervor, sondern daraus, daß die Kaution gestellt wird „cum reus apud Sempronium iudicem datum defenderetur".

[10] Vgl. Wlassak, a. a. O. 134 n. 2; dazu oben S. 138 n. 2.

[11] Dies gegen Koschaker, Translatio [314 n. 1.

für die cautio i. s. der extraordinaria cognitio als möglich und vielleicht üblich bezeugt ist.[1] Dann aber würde sich fragen, welchen Zweck eine so unbestimmte Bezeichnung hätte haben können, da doch hier jede Gewähr dafür fehlte, daß der Genannte auch der wirkliche iudex sein werde. Bei dieser Sachlage wird es vorsichtiger sein, die Frage der persönlichen Bezeichnung dahingestellt zu lassen.

Nach obigem lautete der Eingang der clausula ob rem iudicatam etwa so:

> SI EA RES Q. D. A.[2] A CENTUMUIRIS (IUDICE) SECUNDUM ME HEREDEMUE MEUM IUDICATA[3] ERIT.

Hiermit haben wir indes erst die eine Hälfte der Klausel. Der Sponsionsprozeß endigte, materiell betrachtet, in einer bloßen pronuntiatio rem q. d. a. A^i A^i esse. Wo nun per formulam petitoriam prozessiert wurde, knüpft sich an diese pronuntiatio bekanntlich zunächst das iussum de restituendo, und nur, wenn diesem nicht gehorcht wurde, kam es zur condemnatio pecuniaria; all dies sah der Wortlaut der formula petitoria ausdrücklich vor. Es ist nun durchaus unglaublich, daß im Sponsionsprozeß materiell anders verfahren wurde, und Gai. IV, 89 bestätigt uns direkt die materielle Übereinstimmung der beiden Verfahrensarten:

> a*e*quu*m* ... uisum est (*te*) ... cauere, ut si uictus sis *nec rem* ipsam restituas nec litis aestimationem suffe*r*as, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

Wo kam nun im Sponsionsprozeß die facultas restituendi formell zum Ausdruck? Die Antwort ist selbstverständlich: in der cautio p. p. l. u. In welcher Form? In der 1. Aufl. habe ich die Vermutung aufgestellt, daß der Name dessen, der de restituendo arbitrieren sollte, von vornherein in der Stipulation genannt war, und daß, wenn der Prozeß vor einem Einzelgeschworenen stattfand, man diesen i. d. R. auch dafür bestimmte. Diese Vermutung hat gegen sich die Erwägung, daß nicht abzusehen ist, woraus denn für den iudex sponsionis Recht und Pflicht zum restituere iubere erwachsen sollte,[4] und wird nicht ausreichend gestützt durch Ulp. 77 (50. 16) 68:

> Illa uerba „arbitratu Lucii Titii fieri" ius significant et in seruum non cadunt.

Diese Stelle, die ihrer Inskription nach allerdings wahrscheinlich hierher gehört, enthält, wie schon aus dem „fieri" hervorgeht, kein wörtliches Zitat aus der Kaution und kann als Nebenbemerkung sehr wohl auch durch ein „boni uiri arbitratu" des Formulars veranlaßt worden sein. Ich möchte

[1] Vgl. die Note Tryphonins am Schluß von fr. 20 I. S. cit.

[2] Vgl. Ulp. (46. 7) 13 i. f. War im Eingang der Kaution die res q. d. a. in einer Art demonstratio näher bezeichnet? Gegen diese Annahme bei der cautio i. s. mit guten Gründen Schirmer, Judicialstipul. 50 ff.

[3] Hierzu vgl. Ulp. 77 (2. 12) 6, (4. 8) 36, (42. 1) 26.

[4] Hierauf hat Wlassak, Prozeßgesetze II, 294 n. 28, aufmerksam gemacht, ohne indes den Einwand für ausschlaggebend zu halten.

daher jetzt eher annehmen, daß die an das „si... iudicata erit" angeschlossene Restitutionsklausel lautete:

neque ea res[1] boni uiri arbitratu restituetur.

Ob boni uiri arbitratu restituiert sei, hatte der iudex, der über den Anspruch aus der Kaution urteilte, zu ermessen.[2]

Die Klausel bedarf aber noch einer Ergänzung. Die Restitutionsverpflichtung war bei der cautio p. p. l. u. eigentümlich qualifiziert: konnte der Beklagte dieser Verpflichtung sei es hinsichtlich der Streitsache selbst (weil diese physisch oder juristisch eine Minderung erlitten hatte), sei es hinsichtlich der Früchte (weil er diese nicht gezogen hatte oder nicht mehr besaß) nicht in vollem Umfange nachkommen, so war er zu doppeltem Ersatz der Früchte verpflichtet.[3] Dieser Satz geht zurück auf die Bestimmung der 12 Tafeln, die uns Festus s. v. Vindiciae überliefert:

Si uindiciam falsam tulit, si uelit is . . . tor arbitros tris dato, eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito.

Für die klassische Zeit wird er durch folgende Quellenzeugnisse erwiesen.[4]

Paul. sent. I, 13^b § 8:

Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere uel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur.

Paul. sent. V, 9 § 1:

Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat . hoc enim casu . . . duplos fructus . . . praestare compellitur.

Daß sich nämlich diese Stelle auf die cautio p. p. l. u. bezieht,[5] zeigt Ulp. 77 — man beachte die Inskription — (2. 8) 12:

Inter omnes conuenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cauere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem[6] . et

[1] (45. 1) 83 § 5 i. f.

[2] Ebenso wie er auf Grund der clausula ob rem non defensam (s. unten) zu ermessen hatte, ob boni uiri arbitratu defendiert sei. Die weitgehenden Schlußfolgerungen, die Partsch, SZ 31, 439 aus Gai. 4, 89 ziehen zu dürfen glaubt, vermag ich mir nicht anzueignen, und ebensowenig die Rekonstruktion, die Betti, studi sulla lit. aest. I (1915), 6 auf Grund dieser Stelle der cautio p. p. l. u. angedeihen läßt. Bezieht sich ja Gai. 4, 89 doch nicht bloß auf diese, sondern auch auf die cautio iud. solui, wo Partschs Deutung des „nec litis aestimationem sufferas" doch sicher unmöglich ist. Überhaupt aber kann ich mir ein Verfahren, wie es Partsch vorschwebt, für die klassische Zeit kaum vorstellen.

[3] Ausführlich über diese fructus duplio seither Petot, ét. Gir. I, 213 f.

[4] Vgl. auch noch C. Th. (4. 19) 1 pr., Ambros. epist. 82 § 4 ad Marcell.

[5] S. auch Wetzell, Vindicationsprozeß 35 f.

[6] Es handelt sich also um eine Stipulation, die verfällt, wenn de hereditate entschieden ist, d. h. notwendig entweder um die cautio p. p. l. u. oder um die cautio i. s. Die Inskription Ulp. 77 und daß die Kompilatoren den Namen der Kaution gestrichen haben, entscheidet für die cautio p. p. l. u. A. M. gleichwohl Karlowa, RG II, 441 n. 3.

> plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis uenientem ex causa iubere solet stipulationem interponi.

Der Prätor, der dem bedingt Eingesetzten den vorläufigen Besitz der Erbschaft gewährt, zwingt ihn, dem Substituten cautio p. p. l. u. zu leisten, die ganz wie sonst auf „si secundum me iudicatum erit“ abgestellt wird: die Verpflichtung zum Doppelersatz der Früchte ist einfach die fructus duplio der 12 Tafeln, „si uindiciam falsam tulit“. Auf diesen Doppelersatz secundum legem spielt endlich auch an Ulp. 24 (10. 4) 9 § 6:

> . . . si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non uidetur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolui eum non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur.

Vgl. auch Ulp. 31 (17. 1) 6 § 7.

Paul. sent. V, 9 § 1 cit. bezeichnet die Bedingung, unter der die Verpflichtung zum doppelten Früchteersatz eintreten soll, mit den Worten „(si) res hereditarias deminuat“.[1] Dies brachte mich schon in EP[1] auf den Gedanken, daß eine bis dahin nicht richtig erklärte Probusglosse — Einsidl. 52 (Paris. 1): D. D. D. [M.] = deinde deperit deminutum — zu unserer Kaution gehöre, daß nämlich in dieser der Fall der Unmöglichkeit vollständiger Restitution mit den Worten bezeichnet gewesen sei: „si quid deinde deperi*er*it deminutum erit“. „Deinde“, d. h.: ex die accepti iudicii.[2] Diese Vermutung wird bestätigt durch die Worte, in denen das sog. SC Iuuentianum die Ausdehnung der Restitutionsverpflichtung auf vor dem Prozeßbeginn zugrunde gegangene Sachen ausspricht:

> pretia, quae ad eos rerum ex hereditate uenditarum peruenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeue fuissent, restituere debere.[3]

Und sie erhält eine weitere Stütze dadurch, daß auch eine zweite Glosse des Prob. Einsidl. (53: H. COG. = herede cognitore), wie sich unten zeigen wird, einen Bestandteil unserer Kaution enthält. Fragt sich weiter, mit welchen Worten die Kaution die Fruchtersatzverpflichtung selbst zum Ausdruck brachte. Es ist entschieden wahrscheinlich, daß der zivile Ursprung dieser Verpflichtung in dem Formular auch äußerlich hervortrat, und hierher werden die Worte zu ziehen sein, die Celsus in dem oben an-

[1] Vgl. auch Ps. Ascon. in Verrin. II[1], 45 § 115: . . . dat pro praede litis uindiciarum aduersario suo, quo illi satis faciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset.

[2] Paul. V, 9 § 2: ex die accepti iudicii dupli fructus computantur. Vgl. auch Paul. (12. 1) 40 i. f.: quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio exstiterit, sicut est in fructibus. Theophilus (schol. 11 in Basil. XXIII, 1, 42) bezieht das „sicut est in fructibus“ auf die cautio i. s. Er wußte wohl noch, daß Paulus die cautio p. p. l. u. im Auge hatte. Die Beziehung, die Riccobono, SZ 43, 349, der Stelle geben will, — auf die cautio legatorum seru. causa — halte ich für unmöglich.

[3] Vgl. (5. 3) 20 § 6[b]. 21, fr. 21.

geführten fr. 158 (50. 16) neben den Worten „si ea res secundum me heredemue meum iudicata erit" als zur gleichen Kaution gehörig anführt:

quod ob eam rem te heredemue tuum.

Ich denke mir den Zusammenhang etwa folgendermaßen, indem ich, nur um ein Bild des Ganzen zu geben, den unvollständig überlieferten Relativsatz, hypothetisch und mit allem Vorbehalt, auf Grund des oben angeführten Zwölftafelsatzes ergänze:

> Si ea res q. d. a. secundum me heredemue meum . . . iudicata erit neque ea res boni uiri arbitratu restituetur et, si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemue tuum mihi herediue meo[1] decidere oportet, uti e lege oportet, decidetur . . .

Rudorffs Ergänzung „quod ob eam rem te . . . pro praede litis uindiciarum dare facere oportet" bedarf wohl kaum der Widerlegung. Rudorff ist zu dieser unglücklichen Konzeption nur durch die Meinung verleitet worden, die Worte „pro praede litis uindiciarum" müßten irgendwo in der Kaution untergebracht werden, während diese Worte in Wirklichkeit nur auf die historische Wurzel der Kaution[2] hinweisen wollen. Möglich wäre, daß diese historische Wurzel etwa in Gestalt einer Fiktion (etwa: si lege actum esset?) sichtbar wurde,[3] nicht möglich aber das sinnlose „pro praede litis uindiciarum dare facere oportere".

Die clausula ob rem iudicatam ist hiermit, soweit möglich, vollständig rekonstruiert, und nur noch das bleibt zu bemerken, daß die Kaution, wenn Stellvertreter als Stipulanten auftraten,[4] eine auf die Vollmacht des Vertreters bezügliche exceptio erhielt;[5] die clausula ob r. i. aber lautete auch dann auf den Namen des Vertretenen.

2. Die zweite Klausel lautet „ob rem non defensam".[6] Die Bezeichnung „de re defendenda", wie in der Hauptstelle über die cautio i. s.,[7] findet sich hier nicht. Daher wird die Klausel nicht mit Rudorff auf „rem uiri boni arbitratu defendi" abgestellt werden dürfen, sondern, im genauen Anschluß an die Formulierung der ersten Klausel, auf:

si ea res uiri boni arbitratu[8] *defensa non erit.*

Der Prätor hatte sich aber hier nicht begnügt, einfach zu sagen „si res defensa non erit", sondern er hatte die Personen aufgezählt, von denen und wider die die Defension übernommen werden sollte, Ulp. 77 (46. 7) 5 § 3:

[1] Vgl. Paul. 66 (50. 16) 29: ut in illa stipulatione „mihi heredique meo te heredemque tuum". Trotz der kleinen Abweichung vom Bericht des Celsus (que statt ue) kann hier an unsere Stipulation zu denken sein. Man beachte, daß die Stipulation in der Stelle nicht näher bezeichnet ist: dies legt immer die Vermutung nahe, daß die Kompilatoren die Bezeichnung gestrichen haben.

[2] Gai. IV, 94.

[3] Eine solche hält Keller, CP bei n. 660, für möglich. S. auch Dernburg, Hdlb. krit. Zschr. 1, 157.

[4] Ulp. 77 (46. 6) 3 § 1–7, vgl. Paul. 73 (26. 5) 16.

[5] Man beachte das „committi stipulationem" bei Ulp. 77 (46. 7) 3 § 3. 5. 6. 7.

[6] S. 517 n. 6.

[7] Ulp. 78 (46. 7) 6.

[8] Ulp. 77 (46. 1) 33 i. f., Venulei. (46. 7) 17.

Nunc uideamus, qualis defensio exigatur, ne committatur stipulatio, et quarum personarum . et si quidem ex personis **enumeratis** in defensionem quis succedat, palam est recte rem defendi . . .

Damit ist zu verbinden Paul. sent. V, 9 § 2, eine zweifellos auf die cautio p. p. l. u. bezügliche Stelle:

Ex die accepti iudicii dupli fructus computantur . et tam dantes quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratores cognitorumque personae, itemque sponsores eadem stipulatione comprehenduntur: eorum quoque, quorum nomine promittitur.

Hiernach ergibt sich folgender Wortlaut der Klausel, der durch die in den Noten angeführten Belege entscheidend bestätigt wird:

siue ea res a te[1] *herede*[2] *cognitore*[3] *procuratore*[4] *sponsoribus tuis*[5] *aduersus me heredem cognitorem procuratorem meum boni uiri arbitratu defensa non erit.*[6]

(Diejenigen „quorum nomine promittitur", Paul. l. c., wurden natürlich nur beigefügt, wenn die Stipulation in fremdem Namen eingegangen war.)

Die vorstehende Fassung wird, ungeachtet des klaren Zeugnisses bei Paul. sent. V, 9 § 2, von **Duquesne**[7] insofern bemängelt, als er den procurator und die sponsores des Beklagten aus der Liste der personae enumeratae streichen,[8] den cognitor (beider Parteien) aber auch in der clausula ob r. i. genannt wissen will. Ich habe meinen Widerspruch hiergegen schon in den Nachträgen zu EP² zum Ausdruck gebracht, muß aber das dort Gesagte in einigen Punkten ergänzen. Die Stellen, auf die sich D. beruft, sind weit entfernt seine These zu beweisen. Er meint, aus D. (46. 7) 5 § 3 folge, daß die personae enumeratae die Defension ohne neue Satisdation hätten übernehmen können, und da nach D. (46. 7) 5 § 4 der sponsor satisdationspflichtig sei, so ergebe sich, daß jedenfalls er nicht zu den personae enumeratae gehört haben könne; da ferner nirgends in den Quellen dem procurator Satisdationsfreiheit gewährt sei, so müsse für diesen dasselbe gelten. Allein in § 3 cit. ist von Satisdationsfreiheit der personae enumeratae mit keiner Silbe die Rede, sondern nur davon, daß Übernahme der Defension durch sie den Verfall der clausula ob r. n. d. verhindere. Wenn der Jurist zufügt, daß auch das Defensionsanerbieten eines extraneus den Verfall verhindere, vorausgesetzt, daß er Kaution leiste, so war der Beisatz

[1] Ulp. 77 (46. 7) 3 § 8.

[2] Ulp. 77 eod. 5 § 1, (46. 1) 33, Iulian. 55 (6. 1) 52, 55. Vgl. auch (35. 2) 32 § 2.

[3] Prob. Einsidl. 53 (Paris. 25): H. COG. = herede cognitore.

[4] Ulp. 77 eod. 5 § 3.

[5] Ulp. 77 eod. 3 § 10, 5 pr. § 1. 4–7, Paul. 74 (17. 1) 46, (45. 1) 84.

[6] Ulp. 77 eod. 5 § 8.

[7] Mél. Gérardin 197 f., Translatio iudicii 69¹.

[8] Daß sich die Paulusstelle auf die cautio p. p. l. u. bezieht, gibt **Duquesne**, mél. Fitting I, 326 f., Translatio iudicii 69¹ zu. Anders noch mél. Gérardin 216¹. Was an letzterer Stelle der Satz „il peut s'agir là purement et simplement de la promesse fournie par les sponsores dans les stipulations accessoires(?)" bedeuten soll, ist mir nicht klar geworden. Die Sponsoren hatten keine „stipulations accessoires" einzugehen, sondern nur einfach „idem" zu versprechen.

hier ganz unumgänglich, und man muß sich hüten, daraus ein arg. e contrario abzuleiten.[1] D. verkennt m. E. das Verhältnis der clausula ob r. n. d. zur clausula ob r. iud. Aus der vermeintlichen Kautionsfreiheit der personae enumeratae schließt er, daß die clausula ob r. iud. jedes Urteil gedeckt haben müsse, das gegen eine von ihnen ergangen sei, da ja sonst der Kläger jeglichen Kautionsschutzes beraubt gewesen wäre (vgl. Transl. S. 69[1]). Allein zwischen den beiden Klauseln besteht gar kein derartiger Zusammenhang. Die clausula ob r. n. d. mußte sehr weit gefaßt werden, um dem Beklagten jeden Weg der Defension offen zu lassen, und führte daher alle Personen auf, mit deren Defensionsübernahme überhaupt gerechnet werden konnte.[2] Dagegen lag nicht der mindeste Grund vor, den Besitzer mit der Gewähr für ein Urteil zu belasten, das gegenüber einem procurator oder einem sponsor erstritten worden wäre, den mit der Prozeßvertretung zu betrauen gar nicht in seiner Absicht lag. Ich bin vielmehr überzeugt (wie das auch in meiner Rekonstruktion zum Ausdruck kommt), daß die clausula ob r. iud. sich nur auf das unter den Parteien selbst und ihren Erben ergangene Urteil bezog; darüber hinaus halte ich nur das für sicher oder doch höchst wahrscheinlich, daß man das für und wider einen Kognitor ergangene Urteil als Urteil secundum actorem und contra reum gelten ließ,[3] weil ja auch die Wirkung eines solchen Urteils auf die Parteien übertragen wurde.

3. Als dritte Klausel ist die de dolo malo nach dem Beispiel der übrigen prätorischen Stipulationen an sich wahrscheinlich. Ihre Existenz wird bestätigt durch Ulp. 77 (46. 7) 5 § 2, wo von plures causae bei unserer Kaution die Rede ist, worunter doch wohl mehr als zwei zu verstehen sind, und durch Ulp. 77 (46. 4) 20, wo neben der clausula ob rem iudicatam noch ceterae partes stipulationis, also eine Mehrzahl noch übriger Klauseln, erwähnt werden. Neben den clausulae ob rem iudicatam und ob rem non defensam ist aber schwerlich irgendeine andere Klausel als die de dolo gedenkbar. Ihren Wortlaut wird man aus (45. 1) 38 § 13[4] entnehmen dürfen:

cui rei dolus malus non abest non afuerit.

Daran schloß sich sodann unmittelbar die bei Ulp. 77 h. t. 5 § 2 bemerkte „una quantitas" der Kaution, so daß die ganze Kaution etwa so lautete:

Si ea res q. d. a. a centumuiris secundum me heredemue meum iudicata erit neque ea res boni uiri arbitratu restituetur et, si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemue tuum mihi herediue meo decidere oportet, uti e lege oportet, decidetur, siue ea res a te herede cognitore procuratore sponsoribus tuis aduersus me heredem cognitorem procuratorem

[1] In § 4 wird der sponsor dem extraneus defensor (d. h. non enumeratus) gegenübergestellt (s. fr. 5 § 3 v. „extrinsecus"), gehörte also selbst zweifellos zu den personae enumeratae.

[2] Was den extraneus defensor angeht, so vgl. Grünh. Z. 35, 545[2].

[3] Arg. (3. 3) 27 § 1.

[4] Vgl. (46. 7) 19 § 1, (50. 16) 69.

meum boni uiri arbitratu defensa non erit, cuiue rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit,[1] *tantam pecuniam dari spondesne? spondeo.*

Hiermit scheint unsere Aufgabe erschöpft. Es bleibt aber noch ein wichtiger Punkt zu erörtern. Ich habe oben durch die Vergleichung mit Ulp. 77 (2. 8) 12 dargetan, daß Paul. sent. V, 9 § 1 von der cautio p. p. l. u. handelt. Dies letztere vielbesprochene Fragment fordert jetzt nochmals unsere Betrachtung heraus:

> Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cauere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat (hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur): huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res de qua agitur maior sit centum sestertiis, ideoque in longiorem diem concipit*ur*.

Was für ein praeiudicium ist hier gemeint, das a superiore differiere? und was war der Zweck des praeiudicium superius selbst? Diese Fragen haben sehr verschiedene Beantwortungen gefunden,[2] und ich selbst habe sie in der 1. Aufl. anders beantwortet als im édit perpétuel.

In der 1. Aufl. schloß ich mich der Ansicht Wetzells an, daß das praeiudicium „an ea res d. q. a. maior sit C sestertiis" sich auf die Kompetenz der Zentumvirn bezogen habe, denen die Sachen über 100000 Sesterzen vorbehalten gewesen seien. Doch dachte ich mir das Verhältnis nicht ganz so wie Wetzell. Dieser nimmt an, daß es bei jenem Streitwert nicht im Belieben der Parteien gestanden habe, die Sache durch Sponsion vor einen Einzelgeschworenen zu bringen, und so habe der Prätor der auf die Sponsion gestützten Formel von Amts wegen eine „praescriptio praeiudicii" beifügen müssen, etwa: e. r. a., quae C sestertiis maior est. Eine solche praescriptio, deren Möglichkeit vorausgesetzt, wäre offenbar kein praeiudicium. Mir war daher wahrscheinlicher, daß das praeiudicium in dem so naheliegenden Fall eintrat, wenn die Parteien über den Streitwert nicht einig waren. Hier habe, da die cautio p. p. l. u. das Prozeßgericht namhaft machte, vor deren Eingehung über den Streitwert und damit über die Kompetenzfrage Entscheidung getroffen werden müssen, und das sei eben in jenem praeiudicium geschehen, das wir uns im Anschluß an unsere

[1] Vgl. hierzu Paul. 73 (46. 5) 2 § 2, eine zweifellos auf die cautio p. p. l. u. bezügliche Stelle: hoc facere uerba stipulationis „quanti ea res est". Wenn Steiner, datio in sol. 100f., aus Ulp. 77 (46. 3) 57 pr. schließen will, daß die stip. p. p. l. u. auf eine bestimmte Geldsumme gegangen sei (welche?), so ist dieser Schluß offenbar irrig. Diese Stelle gibt nur ein analoges Beispiel. Unsere cautio ging ebensowenig auf decem als auf decem in melle.

[2] Schulting in Paul. ad h. l., Heffter, obs. ad Gai. 117f., Bülow, de praeiud. form. (1859) 15f., Rudorff, RG II, 121. 134. 212, zu Puchta's Instit. § 320 n. b, Huschke, iurispr. anteiust. ad h. l., Wetzell, Vindicationsprozeß 39. 78, Wlassak, röm. Prozeßges. I, 231.

Kaution proponiert zu denken hätten. Habe nun dessen Formel so, wie Paulus überliefert, gelautet:

an ea res de qua agitur maior sit C sestertiis,

so erhelle auch, warum in dem besondern Fall des Fragments diese Formel habe verändert und überdies die Bürgen auf längere Zeit hätten haftbar gemacht werden müssen: eine res qua de agitur, ein Prozeßobjekt, ein Prozeß überhaupt habe hier noch gar nicht vorgelegen, und wie die Früchte deshalb hier von einem andern Termin ab als sonst (a die interpositae stipulationis statt a die accepti iudicii, Paul. sent. V, 9 § 2) berechnet worden seien, so habe auch das praeiudicium anders lauten müssen, etwa:

an Sempronii hereditas maior sit C sestertiis,

und hätten ferner, da ja die Entscheidung der dem institutus gesetzten Bedingung in weiter Ferne liegen konnte, auch die Sponsoren in longiorem diem verpflichtet werden müssen, d. h. nicht wie sonst bloß auf die Dauer der Zeit, innerhalb deren in dem bevorstehenden Prozeß ein gültiges Urteil habe gefällt werden können, sondern auf eine längere, nach Ermessen vom Prätor zu bestimmende Frist.

Die obige Auffassung hat einen entschiedenen Gegner in Wlassak[1] gefunden, und seine Ausführungen schienen mir bei der Herausgabe des édit perpétuel so durchschlagend, daß ich jene Hypothese aufgeben zu müssen glaubte und eine ganz andere an ihre Stelle setzte. Ich dachte jetzt an die lex Cornelia, die nach Gai. III, 124 das Maximum der Verpflichtung des einzelnen sponsor auf 20000 Sesterze festsetzte, und meinte, das praeiudicium an ea res d. q. a. maior sit C sestertiis sei vielleicht auf den Fall berechnet gewesen, wenn die Parteien über den Streitwert und demgemäß über die Zahl der zu stellenden Sponsoren stritten, und die Musterformel habe den Fall vorgesehen, daß Kläger sechs Sponsoren verlangte, der Beklagte aber nur fünf stellen wollte.

Dunkel wie die Paulusstelle ist: diese letztere Deutung ist jedenfalls unhaltbar. Sie scheitert an einer Klippe, die mir bei meiner Meinungsänderung entgangen war: die lex Cornelia fand nämlich auf die Sponsoren bei der cautio p. p. l. u. überhaupt keine Anwendung. Diese Kaution begründet eine bedingte Schuld; Gaius aber sagt l. c. ausdrücklich, die gesetzliche Bestimmung beziehe sich nur auf „pecunia quam tu*m*, c*um* contrahit*ur* obligatio, certum es*t* debitum iri, id est ⟨*quae*⟩ siue ulla condicione deducitur in obligatione*m*". Überdies wäre das Musterformular für seinen vermeintlichen Zweck überaus ungeschickt zugeschnitten gewesen: es hätte versagt, auch eine ähnliche Fassung nicht mehr zugelassen, sobald es bei der Differenz zwischen dem Verlangen des Klägers und dem Anerbieten des Beklagten sich um mehr als einen einzigen Sponsor handelte. Auch das ist nicht glaublich.

Soll nunmehr der Kampf mit der widerspenstigen Paulusstelle aufge-

[1] a. a. O. 228 ff.

geben werden? Gewiß, eine sichere Lösung ihrer Rätsel ist nicht erreichbar; wir müssen nach Lage der Dinge mit weniger zufrieden sein. Aber vielleicht ist ihr doch im Wege einer sorgfältigen, keinen Anhaltspunkt vernachlässigenden Analyse des Texts mehr zu entreißen als es bisher scheinen wollte; das wahrscheinlich Richtige dürfte (so schon EP²) in der Linie meiner früheren Hypothese — freilich nicht ohne gewisse Modifikationen — liegen.

Die Verschiedenheit zwischen dem nicht bezeichneten praeiudicium und dem praeiudicium an ea res *etc.* — dem praeiudicium superius — wird von Paulus als Grund dafür angeführt, daß die Stipulation[1] in longiorem diem konzipiert werde, und andererseits soll der ganze mit huius enim beginnende Satz, wie aus dem „enim" erhellt, einer vorausgehenden Behauptung zur Begründung dienen. Welcher Behauptung? Schwerlich der unmittelbar vorhergehenden, wonach aus unserer Stipulation bei deminutio rerum hereditariarum dupli fructus ex die interpositae stipulationis zu prästieren seien. Zu dieser Bemerkung hat der Satz „huius enim *etc.*" keinerlei denkbare innere Beziehung; sie ist vielmehr, wie ich dies auch im obigen Abdruck angedeutet habe, lediglich als parenthetische Erläuterung zu dem vorher angegebenen Zweck der Stipulation — cauere, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat — aufzufassen; sie soll den Weg ersichtlich machen, auf dem dieser Sicherungszweck erreicht wird. Was durch den Satz huius enim *etc.* begründet werden soll, ist vielmehr sicherlich die im Eingang der Stelle aufgestellte These, daß der Substitut mit unserer Kaution — der stipulatio p. p. l. u. — seine Interessen wirksam (utiliter) schützen könne. Diese These bedurfte einer Begründung; denn die cautio p. p. l. u. war in ihrer gewöhnlichen Fassung auf den Fall eines unmittelbar bevorstehenden Prozesses berechnet[2] und war in dieser Fassung hier, wo die Entscheidung der dem institutus gesetzten Bedingung vielleicht viele Jahre auf sich warten ließ, in der Tat nicht zu brauchen. Im gewöhnlichen Kautionsformular war, wie aus dem in diem longiorem unserer Stelle selbst hervorgeht und durch fr. 10 (46. 5) (vgl. S. 528 n. 1) bestätigt wird, ausdrücklich die Zeitfrist bezeichnet, innerhalb deren das Urteil ergehen mußte, wenn die Sponsoren haftbar werden sollten, und diese Zeitfrist war relativ kurz — für unsern Fall sehr natürlich zu kurz — bemessen. Sie mußte hier also verlängert werden, um die Kaution brauchbar zu machen, und eben-

[1] Diese — nicht etwa das praeiudicium selbst — ist doch wohl als Subjekt des concipitur zu denken. Ist uns doch die conceptio in longiorem diem für den besondern Fall unserer Stipulation von Paulus auch in fr. 8 pr. (46. 5) ausdrücklich bezeugt: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cauere longiorem. Auch läßt sich von einem „praeiudicium in diem longiorem conceptum" keine haltbare Vorstellung gewinnen. Anders gleichwohl éd. perp. II, 277.

[2] Auf diese Abweichung des gewöhnlichen Falls der Kaution von dem unsrigen weist auch Ulpian am Schluß von fr. 12 (2. 8) mit der Bemerkung hin: et plerumque praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis uenientem ex causa iubere solet stipulationem interponi.

darum begründet Paulus diese Brauchbarkeit mit den Worten „in longiorem diem concipitur". Soweit ist alles klar und einleuchtend. Das eigentliche Rätsel der Stelle liegt allein in der Frage: in welcher Beziehung steht die Fassung der beiden Präjudizien zu der Dauer der Zeit, auf die die Sponsoren verpflichtet werden? Eine solche Beziehung muß — dies beweist das „ideoque" — bestanden, und der Jurist muß sich, was das praeiudicium superius angeht, hierüber bereits zuvor, in einem nicht auf uns gekommenen Passus, geäußert haben. Denkbar ist aber bei diesem, wie mir scheint, keine andere Beziehung als die, daß bei der gewöhnlichen Kaution die Dauer, auf die die Kaution gestellt werden mußte, von dem Ausgang eben des praeiudicium „an ea res d. q. a. maior sit C sestertiis" abhing. Wieso dem Streitwert eine derartige Bedeutung zukam, muß aus der vorausgegangenen Darstellung bei Paulus ersichtlich gewesen sein und wird ebendeshalb hier nicht nochmals erklärt, sondern vorausgesetzt. Wir sind auf Vermutungen angewiesen. Wüßten wir nun nichts von jenem praeiudicium, und würden wir uns fragen, welcher Umstand wohl für die Bemessung der Dauer der kautionsmäßigen Verpflichtung von bestimmender Bedeutung gewesen sein möge, so würden wir sicherlich sofort daran denken müssen, daß die Kaution bald auf Prozeß vor den Zentumvirn, bald auf solchen vor einem Einzelgeschworenen angelegt wurde, und daß der Prozeß vor letzterem an die bei Gai. IV, 104. 105 erwähnten kurzen Fristen gebunden war, nicht aber, soweit wir wissen, der vor den Zentumvirn. Ging also der Prozeß vor einen Einzelgeschworenen, so wird der Prätor die Verpflichtungszeit der Bürgen mit Rücksicht auf diese Prozeßfrist[1] bemessen haben, länger dagegen, wenn er vor die Zentumvirn ging. Durch diese Annahme aber werden wir notwendig zu der in der 1. Aufl. verteidigten Hypothese gedrängt, daß das praeiudicium superius gerade dazu bestimmt war, die Kompetenzfrage zu entscheiden. Es ist wahr, daß nirgendwo sonst eine untere Grenze für die Kompetenz der Zentumvirn namhaft gemacht wird; es ist aber auch

[1] Mit Rücksicht auf sie? nicht vielmehr genau auf sie (so die 1. Aufl. S. 416 n. 1)? Es bleibt zu erwägen, daß die Kaution doch vor der Litiskontestation und gewiß mitunter nicht unmittelbar vor ihr gestellt wurde; das zeigt schon Ulpians Kommentar zur clausula ob rem non defensam (vgl. S. 517 n. 6). Die Kautionsfrist wird also jedenfalls häufig länger zu bemessen gewesen sein als die Prozeßfrist. Aus fr. 2 (46. 7) — cum lite mortua nulla res sit, ideo constat fideiussores (sponsores *scr.*) ex stipulatu I. S. non teneri — darf nicht geschlossen werden, daß die Prozeßfrist stillschweigend als Kautionsfrist gegolten habe, letztere gar nicht besonders ausgedrückt worden sei. Nicht nur ist es fraglich, ob der Ausdruck lis mortua ausschließlich nur auf den Fall des Ablaufs der Prozeßfrist angewendet wurde — vgl. Keller, CP § 70 —; die Prozeßfrist behielt ja auch bei längerer Kautionsfrist ihre selbständige Erheblichkeit. In fr. 10 (46. 5) läßt der Präses eine Kaution — aller Wahrscheinlichkeit nach die cautio p. p. l. u. oder i. s. — zuerst in triennium und dann in longum tempus stellen. Das triennium ist die Prozeßfrist des späteren Rechts, und die Annahme liegt nahe, daß diese hier an Stelle der älteren des iudicium imperio continens interpoliert ist (vgl. Schirmer, prätor. Judicialstip. 52). Das beweist aber nicht, daß die Kautionsfrist sich immer mit der Prozeßfrist deckte, und beweist umgekehrt, daß die Kautionsfrist ausgedrückt und nicht stillschweigend subintelligiert wurde.

wahr, daß nirgendwo sonst, wo von den Zentumvirn die Rede ist, eine Veranlassung für eine derartige Angabe vorlag, und es ist an sich kaum glaublich, daß für jeden, auch den geringfügigsten Streitwert der gewaltige Apparat des Zentumviralgerichts habe beliebig in Bewegung gesetzt werden können.[1] Paulus wird also, vermute ich, vor der uns erhaltenen Stelle gesagt haben, daß vor Eingehung der Stipulation darüber entschieden sein müsse, ob die Sache vor die Zentumvirn oder vor einen Judex gehe, daß dies im Streitfall durch unser praeiudicium geschehe und daß vom Ausgang dieses Präjudiziums die Festsetzung der Verpflichtungszeit abhänge.

Wie aber sollen wir uns bei dieser Auffassung Zweck und Inhalt jenes anderen nicht näher bezeichneten Präjudiziums im besonderen Fall der Paulusstelle denken? Der Zweck könnte nach dem ganzen Zusammenhang kein anderer gewesen sein als der des praeiudicium superius: ebenfalls die Kompetenzbestimmung. Wlassak[2] hat demgegenüber ausgeführt, daß es doch höchst unpraktisch gewesen wäre, einen Rechtsstreit über die Kompetenz führen zu lassen, ehe es sicher sei, daß es überhaupt zu einem Prozeß kommen werde; ob etwa im Präjudizialverfahren Sachverständige z. B. nach Ephesus hätten geschickt werden sollen, um asiatische Erbschaftsgrundstücke abzuschätzen? Das Argument ist scheinbar und hat mich seinerzeit zur Aufgabe meiner Hypothese bewogen. Allein es bleibt zu erwägen, daß es offenbar für die als Bürgen in Betracht kommenden Personen eine Sache höchster Wichtigkeit war, zu wissen, welches Gericht den sie haftbar machenden Spruch zu fällen haben werde.[3] Wir dürfen annehmen, daß das Zentumviralgericht ein ungleich größeres Maß an Vertrauen und Ansehen genoß als der Einzelgeschworene, und daß es leichter war, Bürgen für große Beträge zu finden, wenn die Kompetenz des Zentumviralgerichts feststand.[4] Und auf der andern Seite darf man sich die im praeiudicium vor sich gehende Abschätzung nicht allzu minutiös sorgfältig vorstellen; das Ermessen des Geschworenen wird hier in gleicher Weise durchgegriffen haben wie heutzutage das unserer Gerichte bei Festsetzung des Streitwerts; eingehende Beweiserhebungen fanden damals gewiß sowenig statt wie heute. War nun der Zweck unseres Präjudiziums identisch mit dem des praeiudicium superius, so müssen wir den Unterschied zwischen beiden allein im

[1] Wlassak, bei Pauly-Wissowa s. v. Centumviri VII, A., nimmt als wahrscheinlich an, daß der Prätor auf Verlangen auch nur einer Partei das Hastagericht zuzulassen verpflichtet gewesen sei und nur tatsächlich einen beschränkenden Einfluß geübt habe. Eher könnte ich mir denken, daß bei Übereinstimmung beider Parteien die Kompetenzfrage nicht weiter geprüft wurde; doch ist mir auch dies nicht wahrscheinlich.

[2] Röm. Prozeßges. I, 228 ff.

[3] Vgl. das oben angef., wahrscheinlich interpolierte fr. 3 pr. (46, 7): quia non huius iudicis sententiae *sponsores* se subdiderunt.

[4] Lag dem Erbschaftsbesitzer nichts an der sofortigen Kompetenzbestimmung, so mag man die Stipulation in der von Wlassak, a. a. O. 230, vorgeschlagenen alternativen Form (Einzelrichter oder Zentumvirn) abgefaßt haben. Es wird dem Besitzer aber sehr oft daran gelegen gewesen sein. Man denke sich, daß jemand heutzutage Bürgen für große Summen suchen müßte, deren Haftung vom inappellablen Spruch eines Amtsgerichts abhinge. Es würde ihm sicher nicht leicht fallen, sie zu finden.

Inhalt der Fragestellung suchen, und hier gibt die Paulusstelle selbst einen Fingerzeig, freilich nach anderer Richtung, als ich in der 1. Aufl. annahm. Bei unmittelbar bevorstehendem Prozeß war abzuschätzendes Objekt einfach die res de qua agitur, die Erbschaft in ihrem gegenwärtigen Bestand. In unserm Fall dagegen konnte sich der Streitgegenstand bis zur künftigen Litiskontestation durch die während vieler Jahre hinzutretenden Früchte und Akzessionen nach Umständen ganz bedeutend vergrößern. Ich vermute daher, daß der Prätor, unter Rücksichtnahme auf die Natur der schwebenden Bedingung, frei einen künftigen Termin festsetzte und in der Präjudizialformel dem Geschworenen aufgab zu entscheiden, ob die in Frage stehende Erbschaft zusammen mit den z. B. binnen 10 Jahren zu erwartenden Früchten den Wert von 100000 Sesterzen übersteige oder nicht, d. h. das praeiudicium war nicht auf den Wert des gegenwärtigen Streitobjekts, der res qua de agitur, sondern auf den des künftigen, der res qua de agetur, abgestellt. Dann aber versteht man sofort, daß diese abweichende Fassung auch für die in die Stipulation aufzunehmende Verpflichtungszeit maßgebend sein mußte. Der Prätor, indem er die Präjudizialformel gewährte, erklärte damit zugleich auch schon, daß er die Verpflichtungszeit in der Kaution entsprechend lange bemessen werde, und der Jurist durfte mit vollem Rechte sagen: huius enim praeiudicium a superiore differt, quo quaeritur an ea res de qua agitur maior sit C sestertiis, ideoque in longiorem diem concipitur ⟨*stipulatio*⟩.

§ 282. IUDICATUM SOLUI[1]

Ulp. 78,[2] Paul. 75[3] (?), Gai. 27.[4]

Die Spärlichkeit der auf die cautio i. s. bezüglichen erhaltenen Fragmente darf nicht überraschen: sehr vieles war ihr mit der cautio p. p. l. u. gemeinsam, und die Juristen gaben die betreffenden Erörterungen natürlich bei der im Edikt voranstehenden Kaution und verwiesen bei der cautio i. s. nur zurück, so daß sich begreift, wieso die Kompilatoren ihren Titel Iudicatum solui zum größten Teil aus Erörterungen zusammensetzen mußten, die ursprünglich die cautio p. p. l. u. betrafen. —

> Ulp. 78 fr. 6 h. t.: Iudicatum solui stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.

Es ist bemerkenswert, daß der Jurist hier nicht, wie bei der cautio p. p. l. u., von „plures causae una quantitate conclusae" spricht, sondern nur von

[1] D. (46. 7). Prob. 5, 23: I. S. = iudic*atum* solui. Vgl. (2. 8) 14: ex forma edicti.

[2] h. t. 6, (50. 16) 69. Fr. 82 (45. 1)? (pr.: iudicatum solui, § 1. 2: Voraussetzungen der condemnatio).

[3] (45. 1) 85 cf. Pal. I, 1092 n. 3. Die Beziehungen sind aber bei der Allgemeinheit des Inhalts der Stelle durchaus unsicher.

[4] h. t. 7, (4. 3) 39. Beide Stellen können sich übrigens auch auf die cautio p. p. l. u. beziehen. Freilich ist in den Quellen von der Leistung letzterer Kaution für einen cognitor — fr. 7 h. t. — nirgends die Rede, sondern nur von der cautio i. s.

tres clausulae in unum collatae.[1] In der Tat ist es mir aus innern und äußern Gründen unzweifelhaft, daß unsere cautio ganz anders gefaßt war, als die cautio p. p. l. u. und daß namentlich an ein die drei Klauseln verbindendes, die Kaution abschließendes „quanti ea res erit, tantam pecuniam dari" nicht gedacht werden kann.[2]

Was zunächst den Inhalt der clausula de re iudicata betrifft, so kann dieser nur der gewesen sein, daß der Promissor die Zahlung der Summe versprach, auf die die etwaige condemnatio lauten werde. Darauf führt schon der Name der Kaution „iudicatum solui"; darauf führt aber ebenso die Natur der Sache. Eine Erwähnung der facultas restituendi war hier schon deshalb ausgeschlossen, weil die cautio i. s. sich ja nicht auf actiones in rem beschränkte, sondern bei zahllosen Aktionen stattfand, wo von einem iussum de restituendo keine Rede war.[3] Aber auch wo die Kaution mit Bezug auf eine actio in rem geleistet wurde, — bekanntlich war dies der Fall, wenn per formulam petitoriam prozessiert wurde, Gai. IV, 91 —, war die Erwähnung der facultas restituendi nicht am Platze. Die facultas restituendi war ja schon in der formula petitoria selbst vorgesehen und eine Klausel

> si ea res secundum me heredemue meum iudicata erit neque ea res arbitrio iudicis restituetur

war nicht bloß überflüssig, sondern hätte gar leicht das Mißverständnis herbeiführen können, daß trotz bereits erfolgten kondemnatorischen Urteils der Verfall der Kaution durch nachträglichen Gehorsam gegenüber dem iussum de restituendo abgewendet werden könne. Die Fassung der clausula de re iudicata muß hiernach sehr einfach gedacht werden, dem Sinne nach (die Worte sind nicht überliefert): *quantam pecuniam iudicatus eris,*[4] *tantam pecuniam dari.* Diese Einfachheit des Versprechensinhalts wird, und wohl im Gegensatz zur cautio p. p. l. u., hervorgehoben in fr. 9 h. t.:

> Iudicatum solui stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiauerit.

Die zweite Klausel der Kaution heißt in fr. 6 h. t. clausula de re defendenda, nicht ob rem non defensam; doch kommt in andern Stellen auch die letztere Bezeichnung vor.[5] Ich ziehe aus dieser Doppelbezeichnung den

[1] Ich halte nach wie vor — entgegen Duquesne, mél. Fitting I, 330f. — diesen Unterschied der Ausdrucksweise für höchst bedeutsam.

[2] Den Schein des Gegenteils erweckt Paul. 73 (46. 5) 2 § 2: hoc enim facere uerba stipulationis quanti ea res est. M. E. bezog sich diese Stelle bei Paulus auf die cautio p. p. l. u. Man beachte, daß die Kaution, von der die Stelle handelt, einer actio in rem gegenüber geleistet ist. Die zweite Hälfte der Stelle ist durch Streichungen unklar geworden.

[3] Gai. IV, 101. 102, (3. 3) 8 § 3, 15 pr., 42 § 2, 46 pr.

[4] Die cautio i. s. in der extraord. cognitio bezeichnete den iudex datus. Fr. 20 h. t. Hatte der dominus für seinen cognitor kaviert, so wurde natürlich die Bedingung auf die Verurteilung des letzteren abgestellt. Gai. 27 h. t. 7. Auf weitere Details der Fassung — Erwähnung der Erben, Bezeichnung der res q. d. a. — einzugehen, wäre, da uns keinerlei Andeutung über die Formulierung überliefert ist, m. E. verlorene Mühe.

[5] So u. a. in fr. 14, 15 pr., 35 § 3, 45 pr.

Schluß, daß in der zweiten Klausel wahrscheinlich ein Doppeltes versprochen wurde, nämlich erstens die Defension selbst — *eam rem boni uiri arbitratu*[1] *defendi*[2] —, und zweitens, für den Fall nicht erfolgender oder nicht erfolgter Defension, das Interesse — *quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.* Auf letzteres Stück der Klausel könnte die Bemerkung des Africanus h. t. 15 gedeutet werden:

> Haec stipulatio „quamdiu[3] res non defendatur", simul atque defendi coeperit aut defendi debere desierit, resoluitur.

Für die dritte Klausel — de dolo malo — ist uns die Originalfassung durch Venulei. lib. 9 stip. h. t. 19 pr. authentisch überliefert:

> Nouissima clausula iudicatum solui stipulationis „dolum malum abesse afuturumque esse"[4] et in futurum tempus permanens factum demonstrat.

Diese Fassung liefert zugleich den sichern Beweis dafür, daß die stipulatio iudicatum solui nicht wie die cautio p. p. l. u. „una quantitate conclusa" war, daß hier vielmehr die einzelnen Klauseln selbständige Versprechen enthielten. Natürlich konnte auch diese Klausel durch einen umschreibenden Zusatz — „si huic rei dolus malus non abest aberit, quanti ea res erit usw." — ebenfalls in eine Interessestipulation umgewandelt werden.[5] Im Formular aber war dies nicht vorgesehen: Venuleius in fr. 19 § 1 h. t. erwähnt einen derartigen Zusatz zu unserer Klausel ausdrücklich als eine bloße Möglichkeit (si adiectum est).

Nach alledem erhält die Kaution (indem ich von der Einfügung des in der Formulierung unerweislichen Details absehe) folgende, wie mir scheint, durchaus einleuchtende Fassung:

> . . .[6] *quantam pecuniam ob eam rem iudicatus eris, tantam pecuniam dari eamque rem boni uiri arbitratu defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne? spondeo.*

Auf alle die zahlreichen abweichenden Rekonstruktionsversuche[7] einzugehen, scheint mir unersprießlich: sie leiden durchweg an dem Fehler, daß

(3. 3), jedenfalls auch auf die cautio i. s. bezüglichen Stellen. Wenn es in mehrern dieser Stellen heißt, „ob rem non defensam committitur stipulatio", so brauchte das freilich an sich nicht auf den Namen der Klausel gedeutet zu werden. Entscheidend ist aber m. E. fr. 15 pr. cit.: committitur ... ob rem non defensam stipulationis clausula.

[1] (3. 3) 33 § 3, 45 pr., 77, 78 pr. Vgl. h. t. 17, 18.

[2] Die Zweifel Wlassaks, SZ 25, 132 n. 2, scheinen mir nicht begründet. Wie wir uns die Klausel auch gefaßt denken, — durch sich selbst begründete sie keinen eigentlichen Defensionszwang für den dinglichen Prozeß, sondern nur re non defensa eine Pflicht zur Leistung des q. e. r. e.

[3] Quando? Mommsen. Eher: quod si.

[4] (45. 1) 83 pr., 121 pr., vgl. (5. 3) 45. Hierher Gai. 27 (4. 3) 39.

[5] Vgl. auch Ulp. 78 (50. 16) 69.

[6] Vorher etwa: *Qua de re ego tecum acturus sum.* Fr. 13 § 1 h. t. Schwerlich mit näherer Bezeichnung (S. 519 n. 2). Ob der Zeitraum, für welchen die Stipulation gelten sollte, in ihr ausdrücklich genannt war (Schmidt v. Ilmenau, ZfCRt u. Pr. N. F. 8, 23 n. 14)? Vgl. S. 528 n. 1.

[7] S. namentlich Cuiac., obs. X, 29 (opp. III, 285), Brisson., de formul. V (Mogunt.

Stellen, die sich auf die cautio p. p. l. u. beziehen, für die Rekonstruktion verwendet sind und daß infolgedessen die durch den abweichenden Zweck der cautio i. s. gegebenen Anforderungen an die Formulierung (zumal der clausula de re iudicata) nicht zu ihrem Rechte kommen. Dagegen dürfen die Argumente, mittels deren Duquesne[1] gerade die oben versuchte Rekonstruktion über den Haufen zu werfen glaubte, nicht ohne Widerlegung bleiben (s. auch schon EP² XVf.). Seine Ansicht über das Kautionsformular unterscheidet sich von der meinigen in folgenden Punkten.

1. An der Spitze des Formulars habe, so nimmt er an, eine demonstrationsähnliche Klausel gestanden, die nicht nur die res q. d. a., sondern auch den Kautionsgrund angegeben habe. Das ist an sich schon unglaublich; denn darüber, ob ein Grund zur Kaution vorliege, mußte der Prätor in iure vor Auferlegung der Kaution entscheiden. Die Aufnahme einer solchen Klausel in die Stipulation hätte, wenn ihr überhaupt irgendein Sinn beiwohnen sollte, notwendig dahin geführt, daß der iudex der actio ex stipulatu über das Vorhandensein des Kautionsgrunds nochmals hätte kognoszieren müssen. Den Beweis für seine Behauptung sieht D. in Cic. pro Quinctio c. 8 § 30, wo es von Naevius heißt: a . . . praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solui satisdet, ex formula 'quod ab eo petat, quoius ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint'. Mit dem Wort formula werde hier, meint D., auf das Stipulationsformular hingewiesen, das diesen Kautionsgrund angegeben habe. Die Worte hätten der Rubrik angehört, unter der das betreffende Formular proponiert gewesen sei, und seien dessen Eingang selbst entlehnt. Sonach müßte, wenn D. recht hätte, der Prätor unter ähnlichen Rubriken etwas mehr als ein halbes Dutzend Formulare für unsere Kaution bereitgestellt haben. In Wirklichkeit bedeutet hier formula, wie, ausweislich der Wörterbücher, unendlich oft, lediglich eine Vorschrift oder Regel,[2] nichts andres als was Paulus (2. 8) 14 unter „forma edicti" versteht. Die Worte „ex formula edicti" verweisen einfach auf die unter dem Ediktstitel de satisdando (§ 51) gegebene Normierung.[3]

2. D. nimmt zwischen der Fassung der cautio p. p. l. u. und der der cautio i. s. einen weitgehenden Parallelismus an und zieht daraus die Folgerung, daß, wie er das ja auch für die erstere Kaution vertritt (oben S. 523), der heres und der cognitor beider Parteien sowohl in der clausula ob r. n. d. wie in der clausula ob r. i. ausdrücklich neben der Partei selbst

1649, 393), Wetzell, Vindicationsprozeß 104, Voigt, Ius Nat. III, 588, Schmidt (v. Ilmenau), a. a. O. 23 (= Schirmer, Judicialstipul. 47), Schlayer, ebendas. 9, 39, Rudorff, EP § 295.

[1] mél. Gérardin 197 ff., mél. Fitting I, 322 ff., translatio iud. 62 ff. Es ist mir selbstverständlich unmöglich, die in drei Abhandlungen verfochtenen Ansichten D.s in jedem einzelnen Punkt, wo ich sie für verfehlt halte, hier eingehend zu widerlegen. Ich beschränke mich auf die Hauptpunkte.

[2] Daß es anderwärts ein Formular bedeutet, ist mir nicht unbekannt. D.s Beweisführung in dieser Richtung (Translatio 64 f.) rennt offene Türen ein.

[3] In dieser Beziehung richtig auch Wirbel, le cognitor 73.

aufgeführt worden seien. Die Stelle, auf die sich D. für diese Behauptung beruft, — D. (46. 7) 7 — beweist, ich muß daran festhalten, jedenfalls für die clausula ob r. i. das Gegenteil; sie spricht nicht von einer Mehrzahl in der Stipulation bezeichneter Personen, sondern von einer persona stipulatione comprehensa (ea persona) und zwar nicht etwa in metonymischer Verwendung des Singulars statt des Plurals,[1] sondern ganz zweifellos im Sinn der Einzahl. Denn es ist darin gesagt, daß die clausula ob r. i. nicht verfalle, wenn der als cognitor Bestellte die Litiskontestation nicht als solcher, sondern als heres domini vollzogen habe. Daraus geht hervor, daß jedenfalls die clausula ob r. iud. nicht heres und cognitor nebeneinander aufgeführt haben kann. In gleichem Sinne kommt auch Ulp. 9 (3. 3) 27 § 1 in Betracht. Die hier entschiedenen Fragen hätten (wie ich schon EP² XV bemerkte) gar nicht aufgeworfen werden können, wenn die clausula ob r. iud. so lautete, wie D. will. Die Zweifel, die D. (Translatio 78) für möglich hält, konnten allenfalls bei der clausula ob r. n. d. auftauchen, nicht aber bei der clausula ob r. iud., wären dann aber von dem Juristen wahrscheinlich mit Argumenten und nicht mit Autoritäten entschieden worden. Für möglich halte ich bei der clausula ob r. iud. nur die Anführung des heres. Der Kognitor wurde nur dann genannt und mußte dann auch genannt werden, wenn für einen solchen kaviert wurde; dann mußte es im Formular heißen: quanti L. Titius cognitor meus iudicatus erit. Was die clausula ob. r. n. d. angeht, so läßt sich für diese nicht mit gleicher Sicherheit behaupten, daß hier keine enumeratio wie bei der cautio p. p. l. u. stattfand; bezeugt ist sie nirgends. Versprach, wie ich annehme, der Beklagte nur einfach „rem boni uiri arbitratu defendi", so war jede Aufzählung überflüssig. Für bedenklich halte ich die analoge Heranziehung des Formulars der cautio p. p. l. u. Diese Kaution ist sicher erheblich älter als die cautio i. s.; es liegt aber in der Weise der ältern Zeit, die verschiedenen Möglichkeiten zu detaillieren,[2] statt sie durch einen allgemeingefaßten Grundsatz zu decken.

3. Während ich die drei Klauseln der cautio i. s. konjunktiv durch que verbunden nebeneinander stelle, nimmt D. mindestens für die beiden ersten Klauseln (ob rem iudicatam und ob rem non defensam) eine alternativ bedingte Fassung — si . . . aut si . . . —, wie bei der cautio p. p. l. u., an. Er stützt sich hierbei zunächst auf einen innern Grund praktischer Natur. Die alternative Fassung der Kautionsbedingungen mache es nämlich unmöglich, daß nach Verfall der Klausel ob r. n. d. auch noch die Klausel ob r. i. verfalle — fr. 5 § 2 I. S. —, während bei konjunktiver Formulierung unbilligerweise beide Klauseln hintereinander verfallen könnten. Da nun für eine solche Differenz zwischen cautio p. p. l. u. und i. s. keinerlei praktische Rechtfertigung ersichtlich sei, so schließt D., daß auch für letztere die alternative Formulierung angenommen werden müsse. Allein diese

[1] So D., Transl. iud. 72.

[2] Man denke an das quod usserit fregerit ruperit der lex Aquilia, an das si quid ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur der cautio damni infecti.

Argumentation setzt voraus, daß bei der Formulierung unserer Kautionen die Rücksicht auf den gewiß recht seltenen Fall eines nach Verfall der clausula ob r. n. d. doch noch ergangenen Judikats eine Rolle gespielt habe. Das ist mir wenig wahrscheinlich. Man bedenke nur, daß, wenn ein solcher Fall sich ereignete, die actio iudicati selbst doch unter allen Umständen ipso iure neben die Klage aus der clausula ob r. n. d. trat; warum sollte man da ängstlich darauf bedacht gewesen sein, den nachträglichen Verfall der clausula ob r. i. auszuschließen? Der Prätor hatte in seiner Jurisdiktion Mittel (denegatio actionis, exceptio doli), unbilligen Konsequenzen entgegenzuwirken, und wird von diesen Mitteln hier wie überall geeigneten Gebrauch gemacht haben. Freilich nun glaubte D. früher eine Bestätigung seiner Auffassung auch in einer Quellenstelle aus Ulpians Disputationen zu finden, — fr. 13 pr. I. S. Am Schluß dieser Stelle heißt es in den Digesten:

> proinde si forte lis finita fuerit, ad quam defensio erat necessaria, uel solutione uel transactione uel acceptilatione uel quo alio modo, consequenter placuit euanescere ob rem non defensam clausulam.

Aus den hervorgehobenen Worten schloß D., daß der Prozeß, wegen dessen die in der Stelle erörterte Kaution gestellt worden, sich um eine Forderung gedreht habe, diese Kaution daher nicht, wie ich (S. 517 n. 4) angenommen habe, die p. p. l. u., sondern nur die i. s. gewesen sein könne; auf diese müsse daher auch die in der Stelle weiter oben enthaltene Bemerkung bezogen werden: unam clausulam in stipulatione i. s. et ob rem non defensam et ob rem iudicatam in se habere. Die gesperrt gedruckten Worte in fr. 13 pr. a. E. sind aber, wie schon in EP² XVI ausgeführt und inzwischen von D. selbst (Translatio 74 in der n.) anerkannt ist, eine unzweifelhafte und zwar ungeschickte Interpolation. Die ganze Erörterung hat zum Ausgangspunkt den Satz, daß der Verfall der clausula ob r. n. d. den der clausula ob r. i. ausschließe. Mit Rücksicht darauf stellt Ulpian zunächst fest, daß die erstere Klausel erst verfalle, wenn auf Grund ihrer die litis contestatio aus der Stipulation stattgefunden habe,[1] und nun schließt er weiter (proinde ... consequenter), daß, si forte lis finita fuerit, die Klausel ob r. n. d. „evanesziere". Unmöglich kann hier bei „lis finita" an Erfüllung, Vergleich, Acceptilatio gedacht sein; denn, wenn der Hauptanspruch auf solche Weise erlischt, so „evanesziert" selbstverständlich nicht bloß die clausula ob r. n. d., sondern erst recht auch die clausula ob r. i., und was hat all dies mit dem Gegenstand der Erörterung des Juristen zu tun? Vielmehr ist bei der „lis finita" im Sinn Ulpians ganz sicher an das Urteil zu denken; der Jurist hatte den Fall im Auge, wo, bevor ob r. n. d. Litiskontestation stattgefunden hat, der Hauptprozeß durch Urteil beendigt worden ist; dann evanesziert die clausula ob r. n. d., weil jetzt ihr Verfall durch den der clausula ob r. i. ausgeschlossen ist. Der Unsinn, den wir in

[1] Unmöglich scheint mir die Auslegung Petots, défaut in iud. (1912) 46f.

den Digesten lesen, geht auf Rechnung der Kompilatoren, die das ihnen dunkle „lis finita" auf ihre Weise zu erläutern gesucht haben.[1] Dann aber fehlt es an jedem Beweis für die Annahme, daß in dem entscheidenden Passus „unam clausulam *etc.*" von einer andern Kaution die Rede sei, als von der, bei der uns die alternative Zusammenfassung der verschiedenen Klauseln auch in fr. 5 § 2 (46. 7) bezeugt ist, nämlich der cautio p. p. l. u. Und dabei bleibt es selbst dann, wenn wir annehmen, daß in dem Rechtsfall, von dem Ulpian in fr. 13 cit. ausgeht, nicht cautio p. p. l. u., sondern i. s. gestellt war. Auch unter dieser Voraussetzung nämlich mußte es Ulpian überaus naheliegen und entsprach es ganz der Methode seiner Disputationen, bei der Erörterung das Recht der cautio p. p. l. u. vergleichend heranzuziehen, ein Zusammenhang, der in der Kompilation freilich verwischt werden mußte. Die Gründe, die mir gegen eine alternative Fassung der cautio i. s. entscheidend sind, habe ich oben ausgeführt; ich betone hier nochmals die Unnatürlichkeit einer Formulierung, die den auf Geld kondemnierten Beklagten nicht auf „quanti iudicatus eris", sondern auf „quanti ea res erit" haften lassen muß.[2]

§ 283. *DE CONFERENDIS BONIS ET DOTIBUS*

Ulp. 79.[3]

Der Wortlaut dieser Kaution läßt sich nicht, der Inhalt aber ziemlich genau feststellen.

Die Bedingung der Kollationsstipulation war: *si tibi bonorum patris tui possessio data erit.*[4] Der Gegenstand des Versprechens war bei der collatio emancipati annähernd so bezeichnet: *quidquid moriente patre in bonis habuisti doloue malo fecisti quo minus haberes, id boni uiri arbitratu collaturum te*[5] *dolumque malum abesse afuturumque esse.*[6] Bei der collatio dotis ähnlich, etwa: *dotem tuam*[7] *boni uiri arbitratu*[8] *collaturam te* rel.

Auf quanti ea res est war die proponierte Stipulation anscheinend nicht gestellt.[9]

[1] Nicht unerwähnt darf bleiben, daß die Stelle auch sonst noch sichere Interpolationsmerkmale aufweist. Auffallend ist im Eingang das Imperfekt „cum non defenderet" statt des zu erwartenden defendisset. Unmöglich ist die Erwähnung des den Klassikertexten fremden „eremodicium" (Steinwenter, Versäumnisverfahren 95 f.). Verdächtig ist der kaum lateinische und dem folgenden gegenüber ganz überflüssige Satz: unam clausulam . . . in se habere; der Gedanke liegt nahe, daß er eingeschoben wurde, um eine Streichung zu decken. Die Erörterung Ulpians ist uns sicher nicht unverkürzt und unverändert überliefert. Vgl. zu der Stelle auch Beseler, SZ 45, 243 f., dessen Rekonstruktionsversuch freilich Zweifel wachruft.

[2] Bedürfte es dafür eines Beweises, so würde ich mich auf D.s eigenen Rekonstruktionsversuch (zuletzt Transl. 72[2]) berufen. Gegen D. auch Debray, NRH 1909, 111 ff.

[3] (37. 6) 5.

[4] Vgl. Paul. sent. V, 9 § 4, Iulian. 23 (37. 6) 3 pr. § 5, Ulp. 40 (37. 7) 1 pr.

[5] Vgl. bis hierher die Nachweise zu § 144 (S. 345 f.).

[6] Ulp. 79 (37. 6) 5 § 3.

[7] Vgl. (10. 2) 20 pr., (37. 7) 1 § 7.

[8] (37. 7) 5 § 1.

[9] Arg. Ulp. 79 (37. 6) 5 § 3: v. „quanti ea

Über die in fr. 5 § 1 (36. 3) erwähnte, wahrscheinlich im Edikt ebenfalls proponierte Kaution der Brüder des Emanzipierten vgl. oben § 144 a. E.

§ 284. SI CUI PLUS, QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LICUERIT, LEGATUM ESSE DICETUR[1]

Ulp. 79,[2] Paul. 75.[3]

Ulp. 79 h. t. 1 pr.:

> Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari iuste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est nec ne, subuenit praetor heredi, ut ei legatarius sadisdet, ut, si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse quam e lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det dolusque malus ab eo afuturus sit.

Gibt diese Stelle den Zweck der Kaution an, so können wir aus einer Reihe anderer Stellen[4] auch ihren vollen Wortlaut ersehen:

> QUANTO AMPLIUS LEGATORUM[5] NOMINE *EX TESTAMENTO LUCII TITII*[6] CEPERIS[7] QUAM PER LEGEM FALCIDIAM[8] CAPERE LICUERIT, QUANTI EA RES ERIT,[9] TANTAM PECUNIAM REDDI DOLUMQUE MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[10] SPONDESNE? SPONDEO.

Rudorffs Fassung (EP § 303) leidet an dem Fehler, daß sie sich zu enge an das Referat in fr. 1 pr. h. t. anlehnt.

§ 285. EUICTA HEREDITATE LEGATA REDDI

Ulp. 79,[11] Paul. 75.[12]

Alex. C. (6. 37) 9:

> . . . praeses prouinciae secundum iurisdictionis formam solui legata iubebit, interposita cautione, si euicta fuerit hereditas, ea restituturum[13] . . .

res erit, in tantam pecuniam condemnabitur". A. M. Rudorff, EP § 302.

[1] D. (35. 3). Cf. (35. 2) 1 § 16, 32 § 2.

[2] h. t. 1, 3 pr.–§ 5, (35. 2) 47, (50. 16) 71.

[3] h. t. 2. Ob fr. 4 (46. 5) hierher oder wohin sonst gehört, ist nicht zu bestimmen, auch ohne Interesse.

[4] Vgl. zur Fassung des Formulars im ganzen: Ulp. 79 h. t. 1 § 7. 8. 11, Marcell. h. t. 5, Paul. (35. 2) 1 § 12. 16, (2. 8) 8 § 4, (22. 6) 9 § 5, Pompon. (35. 2) 31, Iulian. eod. 84, (36. 1) 28 [27] § 16, Antonin. C. (6. 47) 2. Die Ungenauigkeiten in mehrern dieser Stellen sind auf Abschreiberversehen (falsche Auflösung von Abkürzungen) zurückzuführen.

[5] Ausdehnung auf Fideicommisse: Ulp. 79 h. t. 1 § 5. 13. Auf mortis causa donationes: Ulp. 79 h. t. 1 § 10.

[6] Ulp. 79 h. t. 1 § 1.

[7] Ulp. 79 (50. 16) 71 pr. Das „his rebus recte praestari" in fr. 71 § 1 eod. gehört schwerlich unserer Kaution an; vielleicht einer Gegenkaution, die der Legatar bei der wirklichen Rückgabe iudicis officio verlangen konnte. Vgl. etwa (6. 1) 19.

[8] Ulp. 79 h. t. 1 § 4. Utilis, si amplius quam per aliam legem licuerit: h. t. 1 § 14.

[9] Ulp. 79 h. t. 1 pr., Paul. 75 h. t. 2. Das „etiamsi quanti ea res sit promisit" in fr. 2 cit. darf nicht etwa dahin gedeutet werden, daß im Album eine andere Fassung vorgesehen gewesen wäre (promisit = versprochen **hat**, nicht = versprochen haben sollte).

[10] Ulp. 79 h. t. 1 pr. i. f., 3 pr.

[11] (35. 3) 3 § 6–10.

[12] eod. 4.

[13] Restitutu iri? Vgl. (35. 3) 8, Cuiac. opp. IX, 812.

Procul. (31) 48 § 1:

. . . cauere debebunt, si hereditas euicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit, redditu iri.

Maecian. (35. 3) 8:

. . . cauenti „euicta hereditate restitu*tu* iri" . . .

Gai. (5. 3) 17, Ulp. (29. 4) 1 § 9:

„euicta hereditate legata reddi".

Ulp. 79 (35. 3) 3 § 6 (cf. § 7):

. . . uiri boni arbitrium, quod inest huic stipulationi.

Nach obigen Zeugnissen kann die Kaution kaum viel anders gelautet haben, als sie im wesentlichen gleichlautend von Rudorff[1] und Dernburg[2] rekonstruiert wird, etwa:

Si euicta fuerit hereditas Lucii Titii, quod ex eius testamento legatorum nomine tibi datum erit,[3] *boni uiri arbitratu redditum iri spondesne? spondeo.*

Die Kaution wurde übrigens vom Prätor nur causa cognita angeordnet, und dies war in besonderm Edikt ausgesprochen, das wir uns vermutlich[4] vor der Kaution proponiert zu denken haben, Paul. 75 (35. 3) 4 pr.:

Haec autem satisdatio locum habet, „SI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR" . . . eam rem praetor ad cognitionem suam reuocat.

§ 286. USUFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAUEAT[5]

Ulp. 79,[6] Paul. 75.[7]

Ulp. 79 h. t. 1 pr.:

Si cuius rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori uisum est[8] de utroque legatarium cauere: et usurum se boni uiri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit.

Die im wesentlichen sicher nachweisbare Fassung der Stipulation stimmt fast wörtlich mit obigem Referat überein:

CUIUS REI USUS FRUCTUS[9] *TESTAMENTO LUCII TITII TIBI* LEGATUS[10] *EST, EA RE* BONI UIRI ARBITRATU USURUM FRUITURUM TE[11] ET, CUM USUS FRUCTUS

[1] EP § 304.

[2] Verhältnis der h. p. zu den erbsch. Sing. kl. (1852) 108.

[3] Rudorff und Dernburg haben „sit".

[4] Möglich wäre übrigens auch, daß das Edikt schon unter dem Titel de legatis proponiert war und daß Paul. l. c. nur daran erinnern wollte.

[5] D. (7. 9).

[6] h. t. 1, 3, 5, 7, (7. 5) 10.

[7] h. t. 2, 6, 8.

[8] Das hierhergehörige Edikt steht unter dem Titel de legatis (§ 171).

[9] Usus (im Edikt, s. § 171, vorgesehen?): Ulp. 79 h. t. 5 § 1. Fructus sine usu, habitatio, operae, uindemia, messis: Ulp. 79 h. t. 5 § 2. 3, Paul. 75 eod. 6.

[10] Ausdehnung auf fideikommissarisch hinterlassenen und sonst bestellten Nießbrauch: Ulp. 79 h. t. 1 § 2, C. (3. 33) 4.

[11] h. t. 12, (7. 1) 13 pr.; Ulp. 79 h. t. 1 § 3–6.

AD TE PERTINERE DESINET,[1] ID QUOD INDE EXTABIT RESTITUTUM IRI[2] DOLUMQUE MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[3] SPONDESNE? SPONDEO.

§ 287. LEGATORUM SERUANDORUM CAUSA[4]

Ulp. 79,[5] Paul. 75,[6] Gai. 27.[7]

Ulp. 79 h. t. 1 pr.:

> Legatorum nomine satisdari oportere praetor putauit, ut, quibus testator dari fieriue uoluit, his diebus detur uel fiat dolumque malum afuturum stipulentur.

Nach den Quellen ist folgende Fassung, die sich der des Cujaz[8] annähert, höchstwahrscheinlich, in den Hauptpunkten sogar sicher:

> *Quidquid mihi[9] herediue meo[10] legatorum nomine ex testamento Lucii Titii dari fieri[11] oportet[12] oportebit,[13] id, quibus diebus Lucius Titius dari fieri uoluit, his diebus dari fieri[14] dolumque malum abesse afuturumque[15] esse spondesne? spondeo.*

Dem procurator[16] wird sub exceptione procuratoria *„si procurator est"* kaviert,[17] dem procurator „eius, qui absens esse dicitur", nach der von Ulpian gebilligten Ansicht des Ofilius,[18] mit der speziellen Bedingung *„si is, cuius nomine caueat, uiuat"*,[19] dem Gewalthaber des Legatars unter der Bedingung „si, cum eius legati dies cedit, in potestate sit".[20]

[1] Ulp. 79 h. t. 3 pr.–§ 3, Paul. 75 eod. 8, Venul. eod. 4. Ulp. 79 h. t. 7 § 1: Cum usus fructus pecuniae legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione „cum morieris aut capite minueris, dari". Vgl. Gai. (7. 5) 7, Iulian. eod. 6 pr., Paul. eod. 9, Ulp. eod. 10. Die hier erwähnte Kaution war durch das bekannte Senatuskonsult angeordnet — (33. 2) 24 pr. —, aber nicht im Album proponiert. Letzteres geht sowohl aus dem „exprimi debent" in h. t. 7 § 1 hervor, wie auch aus der bei Gai. (7. 5) 7 freigelassenen Wahl: cautio desideranda est, ut . . . res restituatur, aut . . . certae pecuniae nomine cauendum est, quod et commodius est. Irrig Rudorff, EP § 301.

[2] Ulp. 79 h. t. 1 § 7, fr. 3 § 4 (quia neque . . . restitui potest).

[3] Ulp. 79 h. t. 5 pr. Rudorff, EP § 300, hat offenbar unrichtig „huic stipulationi abesse". Es könnte nur heißen „huic rei abesse".

[4] D. (36. 3).

[5] h. t. 1, 3, 14, (36. 4) 2, (45. 1) 86 cf. Paul. 75 (31) 2 und Ulp. (45. 1) 29 pr., (46. 5) 3 cf. h. t. 1 § 4.

[6] h. t. 15, (31) 2; (2. 8) 10, 13? (45. 1) 87? [vgl. Paul. nr. 819. 816. 821.

[7] h. t. 16.

[8] Opp. IV, 707. Anders, m. E. nicht in Übereinstimmung mit den Quellen, Rudorff, EP § 298.

[9] Successoribus legatariorum satisdari debere: Ulp. 79 h. t. 1 § 3.

[10] Vgl. n. 19.

[11] Ulp. 79 h. t. 1 pr., Pompon. eod. 10: in rem concepta stipulatio. „Pro portione tua" als selbstverständlich nicht ausgedrückt: fr. 1 § 19 h. t.

[12] Pompon. h. t. 10, vgl. h. t. 8, 9, 15 pr.

[13] Ulp. 79 fr. 1 § 13 h. t., Papin. fr. 5 pr. eod. Prob. Eins. 7 (Paris. 67): O. O. = oportet oportebit. Ganz sicher ist freilich das oportebit nicht: Ulp. cit. könnte Interpretation sein. Vgl. Kniep, Gaius 148.

[14] Ulp. 79 h. t. 1 pr., vgl. h. t. 8, 9.

[15] Ulp. 79 h. t. 1 pr.

[16] Ulp. 79 h. t. 1 § 4.

[17] (39. 2) 39 § 3.

[18] Ulp. 79 h. t. 1 § 15.

[19] Nämlich „si uiuat eo tempore, quo cautio exigitur". Es ist an den Satz morte soluitur mandatum zu denken. Die Bedingung wäre überflüssig, wenn die Kaution einfach auf „quidquid Gaio Seio dari fieri oportet" gestellt wäre, — denn ist Gaius Seius tot, so ist niemand mehr ihm etwas schuldig. Darum habe ich oben hinter dem mihi die Worte „herediue meo" eingeschoben.

[20] Ulp. 79 h. t. 1 § 20.

Auf „quanti ea res erit, tantam pecuniam", was Cujaz beifügt, ging die Kaution nicht;[1] doch wurde, wo die Summe des Legats unbestimmt war, üblicherweise eine Taxation beigefügt.[2]

Ob man die obige Fassung unverändert auch auf Fideikommisse[3] anwendete, aus denen ein oportere im technischen Sinne nicht erwuchs, steht dahin, desgleichen, inwieweit beim legatum per uindicationem[4] eine veränderte Formulierung eintrat.[5] Vielleicht gehört hierher Paul. 75 (45. 1) 87:

> Nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua fit, utiliter stipulatur.

§ 288. REM PUPILLI [UEL ADULESCENTIS][6] SALUAM FORE[7]

Ulp. 79,[8] Paul. 76,[9] Gai. 27.[10]

Die Hauptbestandteile der cautio rem pupilli saluam fore lassen sich mit völliger Sicherheit nachweisen. Die Kaution enthielt zunächst zweifellos die Worte, die ihr den Namen gaben: *rem meam saluam fore,* beziehungsweise, wenn statt des Mündels ein Sklave desselben,[11] ein seruus publicus,[12] ein Mitvormund,[13] ein Munizipalmagistrat[14] als Stipulant auftrat, die Worte: *rem Lucii Titii saluam fore.* Ferner aber reproduzierte die Kaution die demonstratio[15] und intentio[16] der actio tutelae, und die Art und Weise der Verbindung dieser verschiedenen Bestandteile erfahren wir aus fr. 11 h. t.:

> Cum rem saluam fore pupillo cauetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur: [nam etsi salua ei res sit, ob id non est, quia quod ex tutela dari fieri oportet, non soluitur].[17]

[1] Arg. Ulp. 79 h. t. 1 § 16.

[2] Ulp. h. t. 6 pr.

[3] Ulp. 79 h. t. 14 pr.: haec stipulatio et in fideicommissis locum habet. Im Edikt selbst waren die Fideikommisse nicht genannt, vgl. § 172 a. E.

[4] Ulp. 79 h. t. 1 § 17.

[5] Daß schon nach klassischem Recht aus einem legatum per uindicationem nach Wahl auch in personam geklagt werden konnte, ist trotz einzelner scheinbar dafür sprechender Stellen — (30) 33, 84 § ult., 85 — nicht anzunehmen. Diese Stellen sind sämtlich interpoliert, vgl. außer meiner Pal. besonders Eisele, SZ 18, 6ff. Eine Wahl konnte für den Legatar nur infolge des SC Neronianum in Frage kommen, wenn es nämlich zweifelhaft war, ob die per uind. legierte Sache Eigentum des Testators gewesen war oder nicht.

[6] Die Worte „uel adulescentis" sind als Emblem aus der Rubrik zu streichen, ganz einerlei ob man für den klassischen curator minoris eine Kautionspflicht annimmt oder nicht; im Edikt, das ja auch sonst von den Kuratoren schweigt, war diese sicher nicht vorgesehen, um so sicherer, als dann doch auch die sonstigen Kuratoren zu berücksichtigen gewesen wären. Vgl. Gradenwitz, Grünh. Z. 18, 344[9], Peters, SZ 32, 278f., Solazzi, min. età 141f., Lenel, SZ 35, 175f.

[7] D. (46. 6).

[8] h. t. 2, 4, (27. 3) 16, letzteres fr. fälschlich Ulp. 74 inskribiert.

[9] h. t. 5.

[10] h. t. 6.

[11] h. t. 2, 6. Vgl. auch h. t. 5.

[12] h. t. 2.

[13] (45. 1) 38 § 20.

[14] (27. 8) 1 § 15.

[15] Ulp. 79 h. t 4 § 3. 4. 7.

[16] Fr. 11 h. t. und namentlich fr. 9 pr. (46. 2). A. M. Karlowa II, 1188.

[17] Die Echtheit des eingeklammerten Satzes, aus dem ich noch in EP[2] eine Bestätigung

Hiernach dürfte die Stipulation des Pupillen etwa so gelautet haben: *Quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona, ob id rem meam saluam fore spondesne? spondeo.*

Ob die clausula doli hinzutrat, wissen wir nicht; vielleicht hielt man sie wegen des „ex fide bona" für überflüssig.

Längst verlassen sind die klassischen Formen in den gesta curiae Reatinae bei Spangenberg, tab. negot. 137. 138.

§ 289. RATAM REM HABERI [1]

Ulp. 80,[2] Paul. 76,[3] Iulian. 56.[4]

Durch Kombination der verschiedenen Zeugnisse ergibt sich, im wesentlichen sicher, folgender Wortlaut unserer Kaution:

> *QUO NOMINE MECUM ACTURUS ES,*[5] EO NOMINE[6] AMPLIUS NON ESSE PETITURUM EUM, CUIUS DE EA RE ACTIO PETITIO PERSECUTIO *EST ERIT,*[7] RATAMQUE REM HABITURUM[8] ESSE LUCIUM TITIUM HEREDEMUE EIUS EUMUE AD QUEM EA RES PERTINEBIT[9] DOLUMQUE MALUM HUIC REI ABESSE AFUTURUMQUE ESSE,[10] *QUOD SI ITA FACTUM NON ERIT SIUE QUID ADUERSUS EA FACTUM ERIT,*[11], [12] QUANTI EA RES ERIT,[13] TANTAM PECUNIAM DARI SPONDESNE? SPONDEO.

Die ständige Verbindung der clausula de amplius non petendo mit der cautio de rato läßt sich nach Iulian. h. t. 23 nicht bezweifeln.[14] Daß jene Klausel neben der gehörig ausgelegten clausula de rato hätte entbehrt werden können, ist m. E. keine Instanz gegen die Annahme dieser Verbindung. Allerdings aber ist andererseits gewiß, daß die beiden Klauseln auch getrennt vorkommen;[15] sieht man vom Fall der Prozeßführung durch

des Texts herauslas, wird von Pernice (bei Bremer, iur. antehadr. II² 323) mit Grund bezweifelt.

[1] D. (46. 8).

[2] h. t. 10, 12, (46. 3) 58, (44. 2) 18.

[3] h. t. 13, (46. 1) 73.

[4] h. t. 22.

[5] Vgl. (3. 3) 33 § 3. Debray, NRH 1912 7f., will statt quo nomine setzen cuius nomine. Das paßt aber nicht zu dem folgenden eo nomine, und mit dem quo nomine wird auch keineswegs bloß auf die Person des Vertretenen, sondern auf den geltend gemachten Anspruch hingewiesen. Das scheint auch Debray zu empfinden und macht darum p. 5 einen stilistisch unmöglichen Vorschlag, von dem ich auch nicht sehe, wie er mit jenem ersten vereinbart werden soll; danach sollen an der Spitze des Formulars die Worte gestanden haben: qua de re, quo nomine tu mecum agis. Qua de re . . ., eo nomine?

[6] C. (2. 4) 31.

[7] Iulian. h. t. 23, Paul. h. t. 14, 15, (50. 16) 82, Papin. (36. 3) 2, Ulp. (9. 2) 27 § 14, C. (2. 4) 31. Cic. Brutus c. 5 § 18, pro Roscio com. c. 12 § 35, ad famil. XIII, 28ª § 2. Vgl. auch Debray, a. a. O. 8.

[8] Ulp. 80 h. t. 12 § 1–3, Gai. IV, 84. 98.

[9] Ulp. (3. 3) 33 § 3, Iulian. h. t. 22 § 7, 23, Pompon. h. t. 18, Venul. h. t. 8 § 2, Paul. (50. 16) 70, Modest. (44. 7) 53 § 1. Über weitere Zusätze bei der actio iniuriarum (filium, nepotem) vgl. h. t. 22 § 9. 10.

[10] Iulian. 56 h. t. 22 § 7, Paul. h. t. 19.

[11] (45. 1) 71, 137 § 7.

[12] Zweckmäßiger Zusatz gegenüber dem Prokurator eines Minderjährigen (fr. 3 pr. h. t.): *siue ille in integrum restitutus fuerit heresue eius aut is, ad quem ea res q. d. a. pertinebit.*

[13] (46. 5) 2 § 2, Paul. 76 h. t. 13 pr.; cf. h. t. 8 § 2.

[14] Anders Rudorff, EP § 305.

[15] Paul. h. t. 14.

einen Prokurator ab, so gibt es ja Fälle genug, wo je nach Lage der Sache nur die eine oder die andere am Platze ist.[1]

§ 290. *DE AUCTORITATE*[2]

Ulp. 80.[3] 81,[4] Paul. 76.[5] 77,[6] Gai. 28,[7] Iulian. 57.[8] 58,[9] Cels. 27 dig.,[10] Papin. 28 quaest.[11]

Von der Eviktionshaftung handeln, wie aus den Noten ersichtlich, Ulpian, Paulus und Julian in je zwei Büchern, und zwar wird bei Ulpian und Paulus keines dieser beiden Bücher von der Lehre ganz ausgefüllt, sondern es kommen daneben noch andere ediktale Materien zur Erörterung; bei Julian ist, wie es scheint, lib. 57 ganz der Eviktionshaftung gewidmet, lib. 58 dagegen ihr und andern Materien zusammen. Aus dieser Sachlage nun dürfen wir m. E. mit großer Wahrscheinlichkeit den Schluß ziehen, daß das Edikt an dieser Stelle nicht eines, sondern zwei die Eviktionshaftung betreffende Rechtsmittel enthielt. Denn es ist in den Kommentaren des Ulpian und Paulus und in Julians Digesten sonst an keiner Stelle sicher nachzuweisen,[12] daß die Erörterung eines und desselben Rechtsmittels in der Mitte des einen Buchs begonnen, dann abgebrochen und in einem Stück des nächsten Buchs fortgesetzt würde. Mit welchen zwei Rechtsmitteln haben wir es aber hier zu tun? Eines vor allem nun ist gewiß: das Rechtsmittel, an das man zunächst denken möchte, die stipulatio duplae, gehört nicht hierher. Diese war zweifellos im Edikt der Ädilen proponiert; eine nochmalige Proponierung im Edikt des Prätors wäre gegen alle Wahrscheinlichkeit und würde zudem dem Bericht des Pomponius in fr. 5 pr. (45. 1) widersprechen:

duplae stipulatio uenit ab iudice aut ab aedilis edicto.

Auch begegnet uns in den erhaltenen Fragmenten zwar, wie wir unten sehen werden, einigemal der Name der duplae stipulatio; aber, was bei einem zu Justinians Zeit noch praktischen Rechtsmittel sehr auffällig wäre, keine der bekannten Wendungen dieser Stipulation wird auch nur berührt, so daß die Annahme, jene Bezeichnung sei interpoliert, sehr naheliegt. Umgekehrt gelten gerade die umfangreichsten der erhaltenen Untersuchungen nachweisbar nicht der duplae stipulatio. Ist nun der Gedanke an die duplae stipulatio zu verbannen, so bleiben uns nur zwei Rechtsmittel, die wir an diese Stelle des Edikts einschieben können: die Formel

[1] Debray, a. a. O. 38[1]. Hinsichtlich der cautio de rato vgl. z. B. h. t. 10, 11; die Erwähnung der cautio de amplius non petendo in (9. 2) 27 § 14 ist dagegen interpoliert.

[2] D. (21. 2) de euictionibus et duplae stipulatione. C. (8. 44 [45]) de euictionibus.

[3] h. t. 28, 51, (21. 2) 61.

[4] h. t. 52. Fr. 73 (50. 16) (fälschlich Ulp. 80 statt 81 inskrib.)? s. S. 548. 549[4].

[5] h. t. 9, (50. 16) 72.

[6] h. t. 53.

[7] h. t. 54, (18. 1) 53.

[8] h. t. 39.

[9] h. t. 40, 43.

[10] h. t. 10, 62, (19. 1) 12, (8. 3) 11.

[11] h. t. 66.

[12] Die von Girard, NRH 1904, 142 ff., aufgeführten wenigen angeblichen Ausnahmen sind alle problematisch.

der sog. actio auctoritatis[1] und die satisdatio secundum mancipium. Von jener handeln Ulp. 80, Paul. 76, Gai. 28, Iulian. 57; von dieser Ulp. 81, Paul. 77, Iulian. 58. Das Erscheinen einer actio mitten unter den Stipulationsformularen darf nicht befremden: fanden wir doch auch die actio hypothecaria mitten unter den Interdiktsformularen. Vermutlich war die schon bei Cicero erwähnte satisdatio secundum mancipium[2] schon geraume Zeit im Edikt proponiert, als der Prätor die actio auctoritatis formulierte.[3] Die erstere wird die letztere an ihren Ort attrahiert haben.

I

Aus der Manzipation ging für den Manzipanten kraft Gesetzes die Verpflichtung hervor, dem Manzipatar gegenüber Eviktionsversuchen eines Dritten gerichtlichen Beistand zu leisten und ihm so zum Siege zu verhelfen, bei Vermeiden doppelten Ersatzes des gezahlten Kaufpreises.[4]

Paul. II, 17 § 3:

> Res empta mancipatione et traditione perfecta si euincatur, auctoritatis uenditor duplo tenus obligatur.

Cf. § 1 eod.:

> Uenditor si eius rei, quam uendidit, dominus non sit, [pretio accepto] auctoritatis manebit obnoxius: [aliter enim non potest obligari].[5]

Die actio, womit diese Haftung geltend gemacht wurde, pflegen wir heutzutage actio auctoritatis zu nennen; wie die Römer sie nannten, wissen wir nicht. Da die Haftung auf das Doppelte sowohl dann stattfand, wenn der Manzipant trotz Aufforderung des Käufers die Assistenz im Prozeß nicht leistete — dafür war der technische Ausdruck auctoritatem defugere[6] —, als auch, wenn er zwar in den Prozeß eintrat, dieser aber trotzdem verlorenging,[7] so müssen wir uns die Kondemnationsbedingungen so gefaßt denken, daß sie, einerlei in welcher Form,[8] beide Fälle deckten.

[1] In Rudorffs EP fehlt diese actio ganz und gar.

[2] Cic. ad Att. V, 1 § 2.

[3] Daß Cicero für diese noch die legis actio kennt — pro Caec. c. 19 § 54, pro Murena c. 12 § 26 —, ist freilich kein Beweis dafür, daß es zu seiner Zeit nicht auch eine Formel für sie gab.

[4] Die Lehre von der actio auctoritatis in aller Breite zu erörtern, ist hier nicht der Ort. Ich verweise auf die Darstellungen Bechmanns (der Kauf I, 102–123) und Girards, mél. de dr. rom. II (1923), 153ff., die ich in allen Hauptpunkten für überzeugend halte. Vgl. ferner auch Pernice, Labeo III, 115f. Keiner Widerlegung bedarf m. E. der Versuch von Erich Danz (die auctoritas, 1876, 23 n. 22), die Existenz der sog. actio auctoritatis zu bestreiten.

[5] Die Echtheit der eingeklammerten Worte wird mit Grund angezweifelt von Pringsheim, Kauf mit fr. Gelde 78.

[6] Vgl. Plaut. Poen. I, 1, 19, Terent. Eunuch. II, 3 i. f., Cic. pro Sulla c. 11 § 33, D. (45. 1) 85 § 5, 139. In fr. 139 eod. ist die Erwähnung der duplae stipulatio interpoliert; die Anfangsworte „cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus" hat der Jurist gewiß nicht so geschrieben.

[7] Dafür könnte der technische Ausdruck „auctoritatis nomine uictum esse" gewesen sein. Vgl. Cels. 27 h. t. 62 § 1: recteque cum ceteris agam, quod euictionis (*scr.* auctoritatis) nomine uicti sint.

[8] In den früheren Aufl. sprach ich mich für alternative Fassung aus. S. aber auch Rabel, Haftg. des Verk. 21[1], und Guarneri-Citati, studi sulle obbl. indiv. I, 128[5].

Von dieser actio nun finden wir in den oben zitierten Büchern der Kommentare ganz unverkennbare, wenn auch durch Interpolationen verdeckte Spuren.

Ich beginne mit derjenigen Stelle, wo die Interpolationen am handgreiflichsten vorliegen,[1] Iulian. 57 fr. 39 h. t.[2] Betrachten wir zunächst § 4 und 5 des Fragments:

> Qui statu liberum tradit, nisi dixerit eum statu liberum esse, euictionis nomine perpetuo[3] obligatur. (§ 5) Qui seruum uenditum tradit et dicit usum fructum in eo Seii esse, cum ad Sempronium pertineat, Sempronio usum fructum petente perinde tenetur, ac si in tradendo dixisset usus fructus nomine aduersus Seium non teneri . et si re uera Seii usus fructus fuerit, legatus autem ita, ut, cum ad Seium pertinere desisset, Sempronii esset, Sempronio usum fructum petente tenebitur, Seio agente recte defugiet.

Ich denke, es wird nicht erst des Beweises bedürfen,[4] daß ursprünglich hier überall statt „tradere" stand: „mancipare", statt „euictionis nomine" geschrieben war: „auctoritatis nomine",[5] und daß am Schluß vor „defugiet" das Wort „auctoritatem" ausgefallen ist, kurz daß hier von der gesetzlichen Haftung des Manzipanten die Rede war. Erwägt man dies, so wird man nicht zweifeln können, daß eben dieselbe Haftung auch in § 2 des Fragments in Frage steht und daß es daher in § 2, wenn der eingeschachtelte Bedingungssatz überhaupt Echtes enthält, bei Julian statt „acceperas" und „tradiderat" hieß: mancipio acceperas und mancipio dederat. Eine ganz besonders interessante Interpolation anderer Art findet sich aber weiter im pr. der Stelle:

> Minor uiginti quinque annis fundum uendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea uenditione circumscriptum dicit et inpetrat cognitionem non tantum aduersus Titium, sed etiam aduersus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de euictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam . . . nam si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit per eundem praetorem et euictionem restitui.

Utilem sibi de euictione stipulationem in Titium dari! euictionem restitui! Es liegt zutage, daß Julian schrieb: „utilem actionem dari" und „auctoritatem restitui."[6] Was die Kompilatoren an dessen Stelle gesetzt haben, ist der bare Unsinn.[7] Als utilis aber will Julian die auctoritatis actio statt-

[1] A. M. Karlowa, RG II, 406 n. 2.

[2] Vgl. zu diesem fr. jetzt noch Girard, mél. II, 164[3]. 221. 224. 251. 268 und die dortigen Noten.

[3] Perpetuo: weil hier die Usukapion ausgeschlossen ist. Dies gegen Karlowa, a. a. O.

[4] Vgl. auch Bechmann, a. a. O. 244.

[5] Vgl. h. t. 69 § 1-4, wo die gleichen Interpolationen wiederkehren.

[6] Die Interpolationsvermutung Donatutis, iustus (ann. Perug. XXXIII) 18, scheint mir sehr gewagt.

[7] A. M. Karlowa a. a. O. Er führt gegen den Text an, daß der Ausdruck „stipulationem dare" auch in echten Stellen vorkomme. Das war mir nicht unbekannt. Die Frage ist, ob er in unserer Stelle echt sein kann.

finden lassen, entweder deshalb, weil die auctoritas durch Ablauf der Usukapionsfrist erloschen war — derselbe Grund, aus dem auch in fr. 66 § 1 h. t. diese actio als utilis gewährt wird —, oder deshalb, weil die manzipierte Sache im konkreten Fall nicht iure ciuili abgestritten war, d. h. nicht gerade das Recht abgestritten war, das durch die Manzipation garantiert war.[1] Sonach bleiben von dem ganzen fr. 39 nur die §§ 1 und 3 übrig, bei denen man zur Annahme von Interpolationen nicht gezwungen ist. Dem gegenwärtigen Wortlaut nach ist in § 1 von der stipulatio duplae, in § 3 von einem nicht näher bezeichneten Rechtsmittel wegen Eviktion die Rede, und es wäre ja wohl zu begreifen, wenn Julian, gelegentlich der actio auctoritatis, auch andere Rechtsmittel gleicher Richtung berührte.

Das gleiche Bild unzweifelhafter Interpolation gewähren die durch ihre Inskription hierher verwiesenen Stellen aus Celsus 27 dig. und Papin. 28 quaest., fr. 62 und 66 h. t. Man beachte namentlich in fr. 62 § 1 h. t. die nicht näher bezeichnete „de euictione obligatio" und das unmögliche „euictionis nomine uicti" statt „auctoritatis nomine uicti",[2] in fr. 66 § 1 h. t. die ebenfalls unbenannte „utilis pro euictione actio". Diese letztere, auch sonst[3] zu beobachtende Interpolation ist in fr. 76 h. t. von der Hand der Kompilatoren urkundlich belegt, wo es heißt:

amitti auctoritatem, id est actionem pro euictione placet.

Sie kehrt ebenso bei Ulp. 80 h. t. 51 § 4 und mit leichter Veränderung, in Gestalt einer „actio de euictione", auch in § 2 desselben fr. wieder. Fr. 51 cit. ist aber auch sonst noch interpoliert. In § 1 lesen wir die schon grammatisch anstößigen Worte:

quamuis enim Titius denuntiari pro euictione non potuisset, heredi tamen eius denuntiari potuisset.

Vermutlich hieß es im Original: quamuis Titio denuntiari auctoritas non potuisset. Die Kompilatoren scheinen die Stelle außerdem noch abgekürzt zu haben, so daß der ursprüngliche Gedankengang nicht mehr zu ermitteln ist.[4]

Während im pr. und § 3 des fr. 51 cit. nur das noch bemerkenswert ist, daß kein Wort in diesen Entscheidungen auf eine obligatio ex stipulatu deutet, verrät Paul. 76 (21. 2) 9 wieder ganz deutlich die ursprüngliche Beziehung auf die actio auctoritatis:

Si uendideris seruum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit,

[1] Vgl. (19. 1) 35, (21. 2) 66 § 1.

[2] Gewiß sind in dieser Stelle auch die Phrasen „de industria non uenerint" und „propter denuntiationis uigorem et praedictam absentiam" und noch anderes Justinianisch.

[3] Vgl. noch fr. 9, 72 h. t. Wegen ersterer Stelle s. unten. In fr. 72 hieß es gewiß ursprünglich nicht „euictionis actio in singula capita mancipiorum spectatur", sondern: auctoritas . . . spectatur.

[4] Eben deshalb lasse ich die weitgehenden Folgerungen, die ich in der 1. Aufl. aus § 1 cit. gezogen habe, fallen; insbesondere haben die zitierten Worte schwerlich irgendeine Beziehung zu der solennen Denuntiation des Legisaktionenprozesses, der „actio in auctorem praesentem", von der uns Cicero (pro Caec. c. 19 § 54, pro Murena c. 12 § 26) und Probus (4, 7) melden: quando in iure te conspicio, postulo anne fuas auctor. Vgl. zu der Stelle jetzt Girard, mél. II, 264[1].

Sabinus ait amissam actionem pro euictione, quoniam seruus non potest euinci: [sed in ex empto actione decurrendum est].

„Amissam actionem pro euictione" für „duplae stipulationem euanescere" wäre doch mehr als auffallend: es hieß ursprünglich — arg. fr. 76 h. t. — „amissam auctoritatem".

Die im bisherigen nicht bereits betrachteten Fragmente[1] der angeführten Bücher der Kommentare enthalten kein weiteres Beweismaterial: hervorgehoben sei nur soviel, daß sie sich sämtlich ohne alle Schwierigkeit als Bestandteil einer Erörterung über die actio auctoritatis denken lassen[2] und daß in ihnen, wie in den andern angeführten Stellen der Kaufgegenstand, soweit er genannt ist, eine res mancipi (Grundstücke oder Sklaven) ist.

Nach alledem scheint mir die Behauptung, daß an dieser Stelle des Edikts die Formel der actio auctoritatis stand, hinreichend gerechtfertigt, um so mehr, als es sonst geradezu unbegreiflich wäre, daß sich von diesem wichtigen Rechtsmittel in den Ediktkommentaren nirgends als just hier auch nur die geringste Spur vorfindet.

Auf den Versuch, die Formel unserer actio zu rekonstruieren, ist natürlich zu verzichten.[3] Sie ging, wie bemerkt, auf das Doppelte des Kaufpreises, und zwar nicht etwa bloß aduersus infitiantem, sondern schlechtweg.[4] War bei zugesagter Servitutfreiheit eine Servitut abgestritten worden, so trat an Stelle des Kaufpreises das quanto minoris emisset,[5] ohne daß gesagt werden kann, ob und wie dies in der Formel hervortrat. Auf Eviktion eines bloßen Teils der Sache scheint die Formel — anders als die stipulatio duplae — keine ausdrückliche Rücksicht genommen zu haben, arg. Paul. 76 (50. 16) 72:

Appellatione rei pars etiam continetur.

2

Die satisdatio secundum mancipium[6] war, ihrem Namen nach zu urteilen, eine Kaution, die den Inhalt der gesetzlichen Haftung des Manzipanten in sich aufnahm. Eine solche Kaution erfüllte zunächst jedenfalls den formellen Zweck, die Möglichkeit des Eintretens von Sponsoren und Fidepromissoren zu bieten, wofür das Vorhandensein einer uerborum obligatio bekanntlich Voraussetzung war.[7] Ob die Kaution darüber hinaus

[1] Ulp. 80 h. t. 28, (21. 1) 61, Paul. 76 (50. 16) 72, Gai. 28 h. t. 54, (18. 1) 53.

[2] Zu Ulp. 80 (21. 1) 61 vgl. (41. 1) 20 § 1, (50. 16) 126, in welch letztern beiden Stellen die ursprüngliche Beziehung auf die Manzipation noch deutlich erkennbar ist. Zu Gai. 28 h. t. 54 § 1 vgl. eod. 69 § 3; zu Gai. 28 (18. 1) 53 vgl. Paul. sent. II, 17 § 1. 3.

[3] Plausible, aber unbeweisbare Vermutungen bei Girard, a. a. O. 301 f.

[4] Vgl. statt weiterer Literatur: Bechmann, a. a. O. 121 f. Für die Behauptung, daß unsere actio zu den Litiskreszenzklagen gehöre (Huschke), fehlt jedes Beweismittel.

[5] Ulp. 80 (21. 1) 61 s. oben n. 2.

[6] Cic. ad Att. V, 1 § 2, tab. Baetica (C. I. L. II, 700 n. 5042) i. f., Not. Lindenbrog.: S. S. M. = satis secundum mancipium. Aus der Literatur hervorzuheben: Degenkolb, ZRG 9, 153 f., Krüger, krit. Versuche 54 f., Rudorff, ZRG 11, 94 f., Bechmann, a. a. O. 367 f., Girard, mél. de dr. rom. II, 56 f., Karlowa, RG II, 621 f.

[7] Gai. III, 119. Bechmann, a. a. O. 369.

auch materiell eine Veränderung der Voraussetzungen der gesetzlichen Haftung bedeutete, läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Sehr weit geht in dieser Richtung Bechmann: er glaubt, daß die satisdatio secundum mancipium auch ohne Manzipation habe vorkommen, daß sie diese letztere nach Seite der auctoritas habe ersetzen können.[1] Das ist mir schon wegen des Namens der Kaution nicht wahrscheinlich: satisdatio secundum mancipium bedeutet doch wohl eine Kaution, die sich an eine geschehene Manzipation, sei es inhaltlich, sei es zeitlich, anschließt.[2] Andererseits besteht freilich auch kein zwingender Grund für die Anahme, daß die satisdatio in den von ihr statuierten Haftungsvoraussetzungen völlig mit der gesetzlichen auctoritas übereinstimmte. Wie dem nun auch sei, jedenfalls gab es für unsere satisdatio, geradeso wie für die stipulatio duplae, ein feststehendes Formular; dies erhellt zur Evidenz aus dem Schlusse der bätischen Fiduziartafel, wo es heißt:

> neue satis secundum mancipium daret, neue ut in ea uerba, quae in uerba satis secundum mancipium dari solet, repromitteret . . .

Die übliche Formel der satisdatio erscheint hier als Vorbild der repromissio.

Dies Formular nun war, vermute ich, im Album hinter der actio auctoritatis proponiert. Das läßt sich zwar nicht strikt beweisen, wohl aber wahrscheinlich machen. Wir haben gesehen, daß die actio auctoritatis bei Ulp. 80, Paul. 76, Iulian. 57 behandelt ist. Nun finden wir bei Ulp. 81, Paul. 77, Iulian. 58, also in dem jeweils folgenden Buche, zusammen vier Stellen, die ebenfalls die Gewährleistung wegen Eviktion betreffen. Von diesen handelt in ihrem überlieferten Wortlaut die eine — Iulian. 58 h. t. 40 — von einer satisdatio de euictione, eine zweite und dritte — Ulp. 81 h. t. 52, Iulian. 58 h. t. 43 — von der duplae stipulatio, die vierte — Paul. 77 h. t. 53 — von einer nicht näher bezeichneten actio ex stipulatu. Diese Übereinstimmung läßt darauf schließen, daß hier im Edikt wirklich eine Kaution proponiert war, auf die sich sämtliche vier Stellen bezogen, und, da der Gedanke an die duplae stipulatio aus den früher angegebenen Gründen ausgeschlossen ist,[3] so drängt sich die Vermutung auf, es möchten die Kompilatoren an Stelle der ursprünglich genannten satisdatio secundum mancipium in fr. 43 und 52 h. t. die duplae stipulatio interpoliert haben, zumal wenn man erwägt, daß in fr. 40 h. t. eine satisdatio wirklich vorkommt. Bestätigt wird diese

[1] S. auch Girard, a. a. O. 61 f.

[2] Von den Verkäufen ohne Manzipation hat m. E. die duplae stipulatio ihren Ausgangspunkt genommen. Cf. Varro, de R. R. II, 10 § 5: in horum (seruorum) emptione solet . . ., si mancipio non datur, dupla promitti . . . Daß diese Äußerung nur auf eine stipulatio de euictione bezogen werden kann, betont mit Recht Bechmann, a. a. O. 371, der aber zweifelt, ob dabei an die satisdatio secundum mancipium oder an die gewöhnliche stipulatio duplae zu denken sei. Letzteres ist bei dem Wortlaut der Stelle, wie mir scheint, das weit näher liegende. Die kritischen Bedenken Krügers (a. a. O. 55 n. 1) können uns m. E. nicht hindern, dem Verfasser der Stelle (möge das Varro selbst oder ein Späterer gewesen sein), der sich im übrigen wohl unterrichtet zeigt, auch in obiger Angabe Glauben zu schenken.

[3] A. M. mit m. E. sehr wenig überzeugender Begründung Girard, a. a. O. 131 f.

Vermutung dadurch, daß wir in den sententiae des Paulus, die bekanntlich im ganzen dem Ediktsystem folgen, mitten unter den prätorischen Stipulationen (leider ohne den zugehörigen Text) der Rubrik de contrahenda auctoritate (V, 10) begegnen, einer Rubrik, die auf die satisdatio secundum mancipium und gerade auf sie vortrefflich passen würde.[1]

Wie gesagt, ich finde in alledem noch keinen vollen Beweis dafür, daß wir es in jenen vier Stellen mit unserer satisdatio zu tun haben, immerhin aber Wahrscheinlichkeit genug, um sie, wenngleich zweifelnd, hierher zu setzen. Wäre die Beziehung der vier Stellen sicher, so würde man in ihnen Material dafür finden, daß die s. s. m. gleich der stipulatio duplae die Eviktion nicht nur der Sache selbst und der ganzen Sache, sondern auch des bloßen Nießbrauchs und eines bloßen Teils vorsah — fr. 43, fr. 53 pr. h. t. —, und daß die geschehene Denuntiation hier kein unbedingtes Erfordernis der Haftung des auctor war, vielmehr nichts weiter vorausgesetzt wurde, als daß die Sache sine dolo malo emptoris evinziert worden — arg. fr. 53 § 1 h. t.

Noch ist einem Einwand zu begegnen. Das Album enthält im übrigen nur solche Kautionen, die in irgend einer Beziehung zur iurisdictio praetoris stehen: wie kommt unter diese Kautionen die s. s. m., deren Ableistung in klassischer Zeit auf freier Vereinbarung der Parteien beruhte?[2] Ich kann diesen Einwand nicht als sehr schwerwiegend ansehen. Wir wissen nicht, ob der Rechtszustand, über den Ulpian und Paulus (s. n. 2) berichten, schon von alters her existierte. Nach des Paulus Bericht sträubte sich das Laienbewußtsein seiner Zeit gegen die von ihm betonte Freiwilligkeit der Satisdation, und auch Ulpian ist weit entfernt, den von ihm vorgetragenen Rechtssatz für einen von jeher unbestritten geltenden auszugeben („et est relatum non debere"); endlich zeigt der bekannte Bericht Varro's de L. L. VI, 74[3] zum allermindesten dies, daß jene Laienmeinung schon Jahrhunderte vor Paulus vorhanden war. Der Gedanke an einen von dem klassischen abweichenden ältern Rechtszustand liegt daher sehr nahe.

Vermutungen über die Fassung der s. s. m. wären müßige Arbeit. Bei Ulp. 80 (50. 16) 73 finden wir die Bemerkung:

> Haec uerba in stipulatione posita „eam rem recte restitui" fructus continent: „recte" enim uerbum pro uiri boni arbitrio est.

Die Unterbringung dieser Worte hat Schwierigkeiten. Sie passen in keine

[1] Vgl. fr. Vat. 10: stipulationem auctoritatis.

[2] Ulp. h. t. 4 pr. Vgl. auch Paul. eod. 56 pr., Ulp. eod. 37 pr., wo jedoch von der stipulatio duplae die Rede ist.

[3] Consuetudo erat, quom reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret: a quo caueri postea lege coeptum est ab his, qui praedia uenderent, uades ne darent, ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: „uadem ne poscerent, nec dabitur". Diese uades dürften wohl als die Vorläufer der satisdatio secundum mancipium anzusehen sein. Vgl. auch Karlowa, röm. CP 76, RG II, 621. Wenn man es notwendig fand, gegen die Pflicht, sie zu stellen, ausdrücklich zu protestieren, so zeigt dies, daß ihre Stellung wenn nicht durch das Recht, so doch jedenfalls durch die allgemeine Sitte geboten war. Vgl. die vorsichtigen Bemerkungen Degenkolbs, ZRG 9, 155.

der bei Ulp. 80 oder 81 — die Inskription 80 könnte fälschlich statt 81 stehen — behandelten Kautionen.[1] Ich vermute, daß sie in der Tat in keiner proponierten Kaution vorkamen, daß vielmehr Ulpian nur bei Gelegenheit der satisdatio s. m. hier nebenbei den Sinn des Worts recte erörterte. Das Wort recte kam in der stipulatio duplae vor — vgl. unten S. 568 „uti frui habere possidereque *recte* liceat", auch Pap. soc. Ital. VI, nr. 729: *recte* dari, *recte* esse — und mag auch in der s. s. m. verwendet worden sein, um den Umfang der Prästationspflicht zu bezeichnen.[2]

§ 291. EX OPERIS NOUI NUNTIATIONE[3]

Ulp. 81.[4]

Die cautio ex o. n. n. lautete m. E. annähernd folgendermaßen:

> *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis noui fieret,*[5] *quod in eo loco intra annum ex quo nuntiatum est*[6] *a te heredeue tuo*[7] OPUS *NOUUM* FACTUM[8] ERIT, *ID,* SI *EA RES SECUNDUM ME* IUDICATA *ERIT*[9] *SIUE EA* RES *BONI UIRI ARBITRATU* NON DEFENDETUR,[10] RESTITUI BONI UIRI ARBITRATU,[11] *QUOD SI ITA RESTITUTUM NON ERIT,* QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI[12] DOLUMQUE MALUM HUIC REI ABESSE AFUTURUMQUE ESSE[13] SPONDESNE? SPONDEO.

Die neuere Literatur über die cautio ex o. n. n. ist so umfangreich,[14] daß ich an diesem Orte nicht daran denken kann, die verschiedenen Ansichten

[1] Auch nicht zur s. s. m., trotzdem arg. (21. 2) 67 anzunehmen ist, daß der Käufer die ihm (ante litem contestatam) vom auctor angebotene Naturalrestitution nicht zurückweisen durfte, siehe auch Bekker, Jahrb. d. gem. Rts. 6, 311.

[2] Anders EP[2]; vgl. auch Girard, a. a. O. 304, der aber an die Formel der a° auct. denkt.

[3] D. (39. 1). Zum Namen der Kaution vgl. h. t. 13 § 1, (45. 1) 4 § 2, (46. 5) 1 § 1.

[4] h. t. 21, (42. 4) 10. Fr. 21 cit. ist Ulp. 80 inskribiert, m. E. falsch statt 81: denn wäre die Inskription 80 richtig, so wären wir genötigt, die satisd. sec. manc. (Ulp. 81, Paul. 77) zwischen die stipulatio ex o. n. n. (Ulp. 80) und die de damno infecto (Ulp. 81, Paul. 78) zu setzen, was doch kaum denkbar ist. Rudorff (§ 308 n. 6) zieht freilich auch Ulp. 80 (50. 16) 73 hierher: das ist aber nach dem Inhalt der Stelle sehr unwahrscheinlich (s. § 290 a. E.).

[5] Vgl. h. t. 20 pr. § 9.

[6] h. t. 13 § 1, 20 § 14, cf. C. (8. 10) 14.

[7] h. t. 8 § 7. Vgl. Burckhard, die O. N. N. (Forts. v. Glück) 432. Die ceteri successores — Schmidt, Jahrbb. d. gem. Rts. 4, 217 — waren nicht genannt (arg. h. t. 8 § 7).

[8] Ulp. 81 h. t. 21 § 3.

[9] Ulp. 81 h. t. 21 § 2. 4.

[10] Ulp. 81 h. t. 21 § 2. 4.

[11] Ulp. 81 h. t. 21 § 4, Paul. 73 (46. 5) 2 § 1, Paul. (45. 1) 4 § 2. Nicht „a te heredeque tuo", wie Rudorff (Jahrbb. d. gem. Rts 4, 144, EP § 308) will: vgl. dagegen namentlich Burckhard, a. a. O. 431 f.

[12] Ulp. 81 h. t. 2 § 4. 7, Paul. h. t. 12. Der Gegenbeweis gegen die Existenz der auf quanti ea res est gerichteten Klausel ist m. E. Burckhard, a. a. O. 434 f., ebensowenig gelungen, wie Ubbelohde, ZfCRt u. Pr. N. F. 18, 101 f., der Beweis für die Existenz zweier verschiedener Formulare.

[13] Ulp. 81 h. t. 21 § 2.

[14] Vgl. u. a. Hasse, Rhein. Mus. f. Jurispr. 3, 620 f., Schmidt (v. Ilmenau), ZfCRt u. Pr. N. F. 8, 22 f., Schirmer, Judicialstip. 47. 68 f., Stölzel, die Lehre v. d. O. N. N. 106 f., Rudorff, Jahrbb. d. gem. Rts 4, 143 f., Schmidt (von Ilmenau) ebendas. 215 f., Ubbelohde, a. a. O. (s. n. 12), Karlowa, Beiträge 83 f., RG II, 471 f., Burckhard, a. a. O. 420 f.

einzeln zu erörtern. Ich muß mich damit begnügen, meine eigene Auffassung in Kürze darzulegen.

Die cautio ex o. n. n. ist, wie die cautio pro praede litis uindiciarum und iudicatum solui, eine zur Sicherung des Ergebnisses eines künftigen Judiziums bestimmte Kaution,[1] — des Judiziums nämlich, in welchem über das vom Nuntianten in Anspruch genommene ius prohibendi entschieden wird. Eigentümlich ist ihr, daß sie, und zwar nicht nur im Fall des Judikats — dies tat vermöge ihrer Restitutionsklausel auch die cautio p. p. l. u. —, sondern auch in dem des Mangels der Defension, dem Promittenten die Verpflichtung zu restituieren auferlegte. Das „quanti ea res erit", das er für den Fall der Unterlassung der Restitution verspricht, bedeutet hier stets: „quanti mea intererit id opus restitui". Das künftige iudicium, auf das sich die Kaution bezog, konnte sowohl per formulam petitoriam als auch per sponsionem begründet werden; letztere, sehr allgemein übersehene, Möglichkeit wird auf die Fassung der Kaution nicht ohne Einfluß gewesen sein. War per formulam petitoriam prozessiert worden und es bis zur condemnatio gekommen, so bedurfte es keiner besondern Abschätzung des „quanti ea res erit" mehr: sein Betrag war, dies hebt fr. 12 h. t. hervor, durch die condemnatio festgestellt. Im Fall des agere per sponsionem dagegen konnte man zur aestimatio nur durch Klage auf Grund der Kaution selber gelangen.

In fr. 21 § 4 und fr. 7 h. t. wird die eventuelle Verpflichtung zur Leistung des „quanti ea res erit" in einer Weise formuliert, die in hohem Grad auffallen muß. Nach diesen Stellen würde der Stipulant ganz nach seinem Belieben zwischen Restitution und Schadenersatz wählen können. Der Sinn, in dem diese Wahl gemeint ist, ist nicht ganz klar. Es kann gemeint sein, daß der Stipulant die Restitution manu militari erzwingen, aber, wenn er es vorziehe, statt dessen auch sein Interesse in Geld verlangen könne: diese Deutung liegt vom Standpunkt des Justinianischen Rechts sehr nahe. Es könnte aber auch gemeint sein, daß der Stipulant sogar berechtigt sei, die ihm vom Promittenten angebotene Restitution abzulehnen und auf Entschädigung in Geld zu bestehen. Diese letztere Deutung wäre auch für das klassische Recht denkbar, und ihr bin ich in der 1. Aufl. gefolgt, indem ich mich bemühte, das Wahlrecht in diesem Sinne durch innere Gründe zu rechtfertigen. Ich kann diesen Standpunkt heute nicht mehr festhalten. Denn die in Frage stehenden Stellen lassen deutlich erkennen, daß das Wahlrecht erst durch die Hand der Kompilatoren in sie hineingelegt worden ist. Man lese § 4:

Siue autem res iudicetur siue res non defendatur, stipulatio in id

[1] (46. 5) 1 § 1. Die Verwandtschaft zwischen der cautio ex o. n. n. und der cautio iud. solui zuerst hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst von Schmidt, a. a. O. Nicht gebilligt werden kann die Art und Weise, wie sich Burckhard, a. a. O. 481 ff., 498 f. (s. auch Puchta, Instit. § 168), mit der clausula de re iudicata in unserer Kaution abfinden.

committitur, ut res uiri boni arbitratu restituatur: quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit.

So sicher die Stelle bis zu den Worten „quanti ea res erit" echt ist, so sicher ist sie von da ab Fabrikat der Kompilatoren: insbesondere hätte kein klassischer Jurist jemals das hinten angeklebte „si hoc . . . placuerit" geschrieben. Auch ist ja von einem „petitor" vorläufig noch gar keine Rede. Und wenn wir nun in § 7 die im Zusammenhang hier ganz überflüssigen Worte „si hoc maluerint" genau ebenso unerträglich am Schluß des Satzes angehängt finden, so steigert sich der Verdacht der Interpolation zur Gewißheit. Wir haben hier Justinianisches, nicht klassisches Recht vor uns.

§ 292. DE DAMNO INFECTO[1]

Ulp. 81,[2] Paul. 78,[3] Gai. 28,[4] Iulian. 58.[5]

Rudorff, EP § 309, proponiert unter obiger Rubrik zwei Kautionen, die eine de operis uitio, die andere de aedium uitio. Von einer solchen Unterscheidung wissen die Quellen nichts. Die verschiedenen Fälle, die in Ulpians Kommentar berücksichtigt werden, sind vielmehr folgende:

1. *Quod in flumine publico ripaue eius opus fit, si quid eius operis uitio damni factum erit.*[6]

2. *Quod aedium loci operisue uitio damnum factum erit.*[7]

3. *Si quid arborum lociue uitio acciderit.*[8]

4. *Si quid eius operis, quod in fundo meo aquae ducendae causa fit, uitio damni datum erit.*[9]

Von diesen vier Fällen wird aber nur der erste, zweite und vierte eigentlich kommentiert; der dritte wird mitten im Kommentar zum zweiten nur gelegentlich berührt, und es scheint, daß für ihn ein Musterformular nicht proponiert war.[10]

Ich beginne mit dem zweiten Fall, für den wir das vollständigste Material besitzen. Die Kaution lautete hier, im wesentlichen genau, folgendermaßen:

QUOD AEDIUM LOCI OPERISUE *Q. D. A.* UITIO, SI[11] QUID IBI[12] RUET SCINDETUR

[1] D. (39. 2).

[2] h. t. 24, 26, 28, 30. Fr. 10 (42. 4), das ich in der 1. Aufl. hierherzog, gehört wohl eher zu § 291.

[3] h. t. 25, 27, 31.

[4] h. t. 2, 29, 32.

[5] h. t. 42.

[6] Ulp. 81 h. t. 24 pr. § 1.

[7] Ulp. 81 h. t. 24 § 2–ult., 26, 28.

[8] Ulp. 81 h. t. 24 § 9.

[9] Ulp. 81 h. t. 30.

[10] Die Worte „si quid arborum lociue uitio acciderit" in fr. 24 § 9 h. t. dürfen auch nicht etwa als Zitat von Stipulationsworten aufgefaßt werden; es ist nur der Inhalt der Stipulation, der angegeben werden soll, wenn es hier heißt: stipulationem istam, in qua haec comprehenduntur, si quid arborum lociue uitio acciderit. Das „si . . . acciderit" paßt als Formularstück ganz und gar nicht zu dem sonst nachweisbaren Wortlaut der Kaution. Irrig daher die Rekonstruktion Schmidts, ZfCRt u. Pr. N. F. 8, 21.

[11] Alfen. h. t. 43 pr.: „siue". Dagegen

FODIETUR AEDIFICABITUR,[1] IN AEDIBUS MEIS[2] INTRA . . .[3] DAMNUM FACTUM ERIT,[4] QUANTI EA RES ERIT,[5] TANTAM PECUNIAM DARI *DOLUMQUE MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE*[6] *SPONDESNE? SPONDEO.*[7]

Im ersten Fall fehlte die mentio aedium locique[8] und war, entsprechend dem Edikt in fr. 15 § 2 h. t., der dies stipulationis ein decennium. Ferner aber konnte der Promittent hier unmöglich haftbar gemacht werden wegen jeden Schadens, der operis in illo flumine ripaue eius facti uitio eintreten würde; auf diese Weise würde er auch gehaftet haben, wenn das Werk, um das es sich handelte, auf öffentliche Anordnung oder von einem Dritten würde errichtet worden sein.[9] Daher war es notwendig, hier die Haftung auf das von dem Promittenten und seinen Rechtsnachfolgern zu errichtende opus zu beschränken, und darauf bezieht sich in fr. 24 § 1 der Satz:

> ad ea igitur opera stipulatio pertinet, quaecumque priuatim fiant . . .,

sowie fr. 24 § 1a h. t.:

> Adicitur in hac stipulatione[10] et heredum nomen [uel successorum] eorumque ad quos ea res pertinet . [successores autem non solum qui in uniuersa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his uerbis continentur].[11]

Diese Worte sind von Schmidt[12] und Rudorff[13] mißverstanden: sie verkennen ihre Beziehung auf diesen besondern Fall der Stipulation und ziehen sie zu dem pecuniam dari am Schluß des Formulars, so daß sie also den Promittenten zweckloserweise nicht schlechtweg versprechen lassen, es werde Ersatz geleistet werden, sondern er selbst, seine Erben und

Pompon. (46. 8) 18: „si". Vielleicht hieß es zu Alfenus Zeit: *siue quid ibi ruet siue* rel.: wahrscheinlich aber ist das Zitat ungenau, oder es liegt ein Abschreiberversehen vor.

[12] Schmidt a. a. O. (s. auch Jahrbb. des gem. Rts. 4, 215 n. 8): sibi. Dagegen überzeugend: Schirmer, Judicialstipulat. 70 n. 6.

[1] (46. 8) 18. In den Kommentaren haben die Kompilatoren das auf diese Worte Bezügliche gestrichen; sie sind in der Tat überflüssig, erinnern übrigens an die Aufzählung im 3. Kapitel der lex Aquilia und bezeugen das hohe Alter der Kaution.

[2] Vgl. h. t. 39 § 2, 40 § 2.

[3] h. t. 13 § 15, 14, 15 pr. § 1. 31, 18 § 11.

[4] Ulp. 81 h. t. 24 § 2-11. De damno praeterito cf. h. t. 7 § 2, 8, 9 pr. § 3, 15 § 28. 34.

[5] Ulp. 81 h. t. 28, Paul. 78 h. t. 27, Gai. 28 h. t. 29. Vgl. ferner: h. t. 18 § 10, (46. 5) 2 § 2. S. auch: (8. 2) 13 § 1, h. t. 37, 40 pr.

[6] Unerweislich, aber wahrscheinlich.

[7] Satisdatio sub exceptione „si L. Titius illarum aedium dominus non est": h. t. 7 pr., 22 § 1, 31 § 1, Burckhard, die cautio d. inf. (Forts. v. Glück) 471.

[8] Ulp. 81 h. t. 24 pr., vgl. Ulp. 53 eod. 15 § 2. 3.

[9] Beim opus in priuato factum kann dieser Fall zwar auch vorkommen: aber er ist ein verhältnismäßig seltener, und es begreift sich, daß man ihn im Formular nicht vorsah, sondern es der Interpretation überließ, ihn auszuscheiden. Vgl. h. t. 24 § 6.

[10] d. h. natürlich: in der Stipulation, von der in fr. 24 pr. die Rede war.

[11] Die eingeklammerten Worte sind interpoliert. Vgl. Longo, bull. 14, 194f. Die Einklammerung des zweiten Satzes (successores autem . . .) war in EP² versehentlich unterblieben (von Partsch, SZ 31, 442 mit Recht gerügt). Vielleicht war hier im Original das „eorumque ad quos ea res pertinet" interpretiert.

[12] a. a. O. Vgl. übrigens denselben, Jahrbb. d. gem. Rts 4, 216.

[13] Jahrbb. d. gem. Rts. 4, 144, EP § 309.

sonstigen Sukzessoren (einschließlich der Singularsukzessoren?) würden Ersatz leisten.[1] Rudorff macht sogar dieselben Zusätze auch noch auf seiten des Stipulanten. Richtig gefaßt lautet die Kaution in unserm Falle folgendermaßen:

> QUOD IN ILLO FLUMINE PUBLICO RIPAUE EIUS A TE HEREDEUE TUO EOUE AD QUEM EA RES PERTINEBIT OPUS *FIET*,[2] QUOD EIUS OPERIS UITIO[3] IN ANNIS DECEM[4] DAMNUM FACTUM ERIT,[5] QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI *DOLUMQUE MALUM rel.*

Im vierten oben bezeichneten Fall endlich lautete die Kaution nach Ulp. 81 h. t. 30:

> QUOD EIUS OPERIS, QUOD IN FUNDO MEO AQUAE DUCENDAE CAUSA[6] FIET, UITIO INTRA ... DAMNUM DATUM ERIT, QUANTI EA RES ERIT, *rel.*

[1] Anders, doch ebenfalls mißverständlich, Burckhard, a. a. O. 499.

[2] h. t. 15 § 2, (43. 15) 1 § 5. Vielleicht hieß es: *fit fiet.*

[3] Ulp. 81 h. t. 24 pr.: quod dictum est „operis uitio“ ...

[4] h. t. 15 § 2.

[5] Wegen der Fassung verweise ich auf die Analogie der vorigen Kaution (S. 552), vgl. auch (43. 19) 3 § 11. Vielleicht ist beizufügen: in agro meo. Doch war auch mittels Interpretation des quanti ea res erit auszukommen.

[6] Ulp. 81 fr. 30 § 2: exempli gratia scriptum est. Fr. 3 § 11 (43. 19): itineris actusque reficiendi causa.

EDICTUM AEDILIUM CURULIUM[1]

§ 293. DE MANCIPIIS UENDUNDIS[2]

Ulp. 1,[3] Paul. 1.[4] 2,[5] Gai. 1.[6] 2.[7]

Ulp. 1 behandelt, soweit erhalten, folgende Stücke des ädilizischen Edikts de mancipiis uendundis:

1. Das h. t. 1 § 1 überlieferte Edikt: h. t. 1, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 17, 19, 21, 23 pr.–§ 6.

2. Die Formeln zu diesem Edikt: h. t. 23 § 7–ult., 25, 27, 29, 31 pr.–§ 15.

3. Die actio quanto minoris: h. t. 31 § 16.

4. Die actio in factum ad pretium reciperandum, si mancipium redhibitum fuerit: h. t. 31 § 17–19.

5. De cauendo: h. t. 31 § 20.

6. De natione pronuntianda: h. t. 31 § 21.

7. Si quid ita uenierit, ut, nisi placuerit, redhibeatur: h. t. 31 § 22. 23.

8. Si alii rei homo accedat: h. t. 31 § ult., 33, 35.

9. Ne ueterator pro nouicio ueneat: h. t. 37.

Hierzu tritt:

10. Das edictum aduersus uenaliciarios: Paul. 2 h. t. 44 § 1.

11. Das Strafedikt über die Kastration: (9. 2) 27 § 28; wohl als Zusatz zu den Edikten de mancipiis uendundis zu denken.

12. Das Edikt de ornamentis: Paul. 2 (50. 16) 74.

Diese zwölf Stücke sollen im folgenden gesondert betrachtet werden,

---

[1] D. (21. 1), C. (4. 58). Ulp. 1. 2, Paul. 1. 2, Gai. 1. 2 ad edictum aedilium curulium. Im index Flor. sind diese Bücher den Kommentaren zum prätorischen, bzw. Provinzialedikt beigezählt, daher dort der Ulpiansche Kommentar 83, der Paulinische 80, der Gaianische 32 Bücher zählt. Vgl. Rudorff, EP § 310 n. 1. Zum ganzen Edikt: Henri Vincent, le droit des édiles etc. (1922).

[2] Gell. N. A. IV, 2 § 1: In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis uendundis cautum est. Ausdehnung auf ceterae res: Ulp. 1 h. t. 1 pr., 63. Die beiden Stellen sind selbstverständlich interpoliert. Ebenso auch h. t. 49.

[3] h. t. 1, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35, 37, 63, (1. 3) 13, (2. 14) 31, (47. 2) 66 [65] cf. h. t. 17 § 1.

[4] h. t. 2, 30, 39, 43, (4. 7) 9, (18. 1) 54. Fr. 43 cit. handelt im pr. nicht de mancipiis; der übrige Inhalt des fr. 43 ergibt aber, daß das pr. nur eine Zwischenbemerkung enthält.

[5] h. t. 44 pr. § 1, (50. 16) 74.

[6] h. t. 3, 13, 18, 20, 22, 24, 26, 28, 45.

[7] h. t. 32.

1

Ulp. 1 h. t. 1 § 1.

Aiunt aediles:[1] QUI MANCIPIA UENDUNT,[2] CERTIORES FACIANT[3] EMPTORES, QUID MORBI UITIIUE[4] CUIQUE SIT, QUIS FUGITIUUS[5] ERROUE[6] SIT NOXAUE SOLUTUS NON SIT:[7] EADEMQUE OMNIA, CUM EA MANCIPIA UENIBUNT, PALAM RECTE PRONUNTIANTO[8]. QUOD SI MANCIPIUM ADUERSUS EA UENISSET SIUE ADUERSUS QUOD DICTUM PROMISSUMUE[9] FUERIT CUM UENIRET FUISSET, QUOD EIUS PRAESTARI OPORTERE DICETUR:[10] EMPTORI[11] OMNIBUSQUE AD QUOS EA RES PERTINET *in sex mensibus, quibus primum de ea re experiundi potestas fuerit,*[12] IUDICIUM DABIMUS, UT ID MANCIPIUM REDHIBEATUR,[13] SI QUID AUTEM POST UENDITIONEM TRADITIONEMQUE DETERIUS EMPTORIS OPERA FAMILIAE[14] PROCURATORISUE EIUS FACTUM ERIT,[15] SIUE QUID EX EO POST UENDITIONEM NATUM ADQUISITUM FUERIT, ET SI QUID ALIUD IN UENDITIONE EI ACCESSERIT,[16] SIUE QUID EX EA RE FRUCTUS PERUENERIT AD EMPTOREM,[17] UT EA OMNIA RESTITUAT, ITEM, SI QUAS ACCESSIONES IPSE PRAESTITERIT,[18] UT RECIPIAT. ITEM SI QUOD MANCIPIUM CAPITALEM FRAUDEM ADMISERIT,[19] MORTIS*UE* CONSCISCENDAE SIBI CAUSA QUID FECERIT,[20] INUE HARENAM DEPUGNANDI CAUSA AD BESTIAS INTROMISSUS FUERIT, EA OMNIA IN UENDITIONE PRONUNTIANTO: EX HIS ENIM CAUSIS IUDICIUM DABIMUS. HOC AMPLIUS SI QUIS ADUERSUS EA SCIENS DOLO MALO UENDIDISSE DICETUR, IUDICIUM DABIMUS.[21]

2

Das Edikt in fr. 1 § 1 h. t. betrifft ausschließlich das Recht der Redhibition. Es entspringen daraus mehrere Aktionen — daher redhibitoriae

[1] Ältere Fassung bei Gell. IV, 2 § 1.

[2] Ulp. 1 h. t. 1 § 3-5.

[3] Der erste Satz des Edikts ist jünger als der folgende; daher vielleicht der Wechsel im Modus (faciant—pronuntianto). Vgl. Bechmann, Kauf I, 399. Zur Annahme einer Interpolation (Karlowa, RG II, 1289) fehlt m. E. doch genügender Anlaß.

[4] Ulp. 1 h. t. 1 § 6-ult., 4, 6, 8, 10, 12, 14, Paul. 1 eod. 2, 43 pr., Gai. 1 eod. 3, 13. Vgl. ferner: eod. 5, 7, 9, 11, 15, 16, Gell. N. A. IV, 2.

[5] Ulp. 1 h. t. 17 pr.-§ 16, Paul. 1 eod. 43 § 1-3. Vgl. ferner: (50. 16) 225.

[6] Ulp. 1 h. t. 17 § 14.

[7] Ulp. 1 h. t. 17 § 17. 18. Analoge Ausdehnung: h. t. 17 § 19. Zum ganzen Eingangssatz vgl. noch Cic. de off. III, 17 § 71.

[8] Älteres Edikt bei Gell. IV, 2 § 1.

[9] Ulp. 1 h. t. 17 § 20, 19 pr.-§ 4, Gai. 1 h. t. 18. Vgl. h. t. 64 § 1, 38 § 10, 47 pr., 52.

[10] Ulp. 1 h. t. 19 pr. § 1. Vgl. Dernburg in den Festgaben für Heffter 131. Über den Sinn der Klausel s. oben S. 269 n. 1, dazu noch Vincent, a. a. O. 60[1].

[11] Ulp. 1 h. t. 19 § 5, 63.

[12] Das kursiv Gedruckte fehlt in fr. 1 § 1 h. t. Daß es nur durch Versehen ausgefallen, und zwar gerade an dieser Stelle, erweist Ulp. 1 h. t. 19 § 6. Vgl. noch Gai. 1 h. t. 20. Unhaltbar m. E. Vincent, a. a. O. 71.

[13] Ulp. 1 h. t. 21, Gai. 1 h. t. 22. Die Ausgaben machen hinter redhibeatur mit Unrecht einen Punkt: der Satz, der die vom Kläger zu erfüllenden Voraussetzungen angibt, geht weiter.

[14] (50. 16) 195 § 3. Familiaeue (Fränkel)?

[15] Ulp. 1 h. t. 23 pr.

[16] Ulp. 1 h. t. 23 § 1.

[17] Biondi, studi I, 131[2], hält den auf die fructus bezüglichen Passus für itp., weil er nach der unmittelbar vorausgehenden Erwähnung des natum adquisitum überflüssig sei. Aber das natum bezog sich nur auf den partus ancillae, Ulp. h. t. 31 § 2, und von den fructus war auch in der Formel besonders die Rede, s. S. 559 n. 7.

[18] Ulp. 1 h. t. 23 § 1.

[19] Ulp. 1 h. t. 23 § 2.

[20] Ulp. 1 h. t. 23 § 3, Paul. 1 h. t. 43 § 4. Mortis*ue* Fränkel; Flor.: mortis.

[21] Den Abschluß des Ulpianschen Kom-

actiones, h. t. 19 § 2, 23 § 5 —, die aber in der Formulierung derart miteinander übereinstimmen, daß Julian h. t. 23 § 7 doch wieder von einem iudicium redhibitoriae actionis redet. Wie bereits oben[1] bemerkt, beginnt der Kommentar Ulpians zur redhibitorischen Formel bei fr. 23 § 7 h. t. Daß wir es hier in der Tat mit dem Kommentar zur Formel zu tun haben, dafür liefert den sprechendsten Beweis der Umstand, daß der Jurist, nachdem er im Kommentar zum Edikt dieses letztere erledigt und bereits die üblichen abschließenden Bemerkungen beigefügt hat,[2] nunmehr wieder auf Punkte zu reden kommt, die zu der ersten Verfügung des Edikts gehören und teilweise im Kommentar dazu bereits behandelt waren.[3]

Behufs Rekonstruktion der Formel ist von einem wörtlich überlieferten Stück auszugehen,[4] Ulp. 1 h. t. 25 § 9:

> Praeterea in *formula*[5] adicitur sic: ET QUANTA PECUNIA PRO EO HOMINE SOLUTA ACCESSIONISUE NOMINE DATA ERIT,[6] NON REDDETUR, CUIUSUE PECUNIAE QUIS[7] EO NOMINE OBLIGATUS ERIT, NON LIBERABITUR.[8]

Dies Formelstück gibt nach vorwärts und rückwärts festen Anhalt. Offenbar haben wir eine Kondemnationsbedingung, und zwar ein Stück einer Restitutionsklausel vor uns. Den Fortgang der Formel scheint Gai. 1 h. t. 45 zu ergeben:

> Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur uenditor . nam si neque pretium neque accessionem soluat neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur. si uero reddat pretium et accessionem uel eum, qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli uidetur condemnari.

Nach dem Wortlaut dieser Stelle hätte die actio redhibitoria eine doppelte condemnatio besessen: eine condemnatio in duplum, für den Fall, daß der Beklagte dem iussum nicht gehorchte, eine in simplum für den Fall, daß er gehorchte. Der Verkäufer würde hiernach praktisch immer auf das Doppelte gehaftet haben. In dieser Weise habe ich die condemnatio in der 1. Auflage rekonstruiert. Dieser Versuch ist dann von Eck[9] be-

mentars zum gesamten obigen Edikt — h. t. 23 § 4-6 — bilden Bemerkungen über die Zuständigkeit der verheißenen Aktionen bei Verkäufen, die ein Sklave, bona fide seruiens, filius familias und die der Erblasser vornahm.

[1] S. 554 unter Ziff. 2.

[2] Vgl. S. 555 n. 21.

[3] Vgl. Ulp. 1 h. t. 25 pr.-§ 7 mit fr. 23 pr.

[4] Rudorff, EP 262, hat sich zum Schaden seiner Rekonstruktion Veränderungen dieses einzigen sicher überlieferten Formelstücks erlaubt.

[5] *Dig.:* edicto. Die Interpolation liegt auf der Hand.

[6] Ulp. 1 h. t. 27.

[7] Nicht etwa in A^s A^s zu verbessern: Bürgen!

[8] Ulp. 1 h. t. 29 § 1.

[9] In der Berliner Festgabe für Beseler: Beitrag z. L. v. d. ädilic. Klagen SA 29f. In gleichem Sinne schon früher Bechmann. Auf Bechmanns Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Redhibitionsrechts einzugehen, ist hier nicht der Ort. Daß die actio redhibitoria in ihrer ursprünglichen Funktion lediglich als ein Mittel gedacht war, den Verkäufer zur Eingehung der Garantiestipulation zu zwingen, ist an sich nicht unwahrscheinlich, aus den Kommentaren aber nicht mehr zu belegen.

kämpft worden.[1] Er hat insbesondere darauf hingewiesen, wie unwahrscheinlich es sei, daß die actio redhibitoria einen Pönalcharakter dieser Art gehabt habe, während die ädilizische Stipulation (s. § 296) nur das einfache Versprechen der Fehlerlosigkeit enthielt. Das Schwergewicht dieses Arguments kann niemand verkennen. Wenn ich gleichwohl, und trotzdem ich mich außerstand erklärte, die angebliche Doppelcondemnatio zu erklären, auch in EP² an meiner Rekonstruktion festhielt, so geschah es, weil ich „dem formell untadelhaften Berichte" des Gaius gegenüber jedes Mißtrauen für unberechtigt hielt. Allein der Bericht in fr. 45 cit. ist in Wirklichkeit nicht formell untadelhaft. In dem Schlußsatz ist das „simpli videtur condemnari" — die Konjektur iubetur statt uidetur ist willkürlich — einfach unerträglich. Die Leute Justinians können dabei nur an das zu ihrer Zeit vollstreckbare iussum de restituendo gedacht haben,[2] ein bei einem Klassiker unmöglicher Gedanke. Ist aber der Schlußsatz unecht, so ist es notwendig auch der Eingangssatz „redhibitoria actio duplicem habet condemnationem". Denn dieser Satz kann nur besagen wollen, daß die redhibitorische Formel zwei condemnationes nebeneinander enthalte, eine in duplum und eine in simplum, und eben dies soll durch den unechten Schlußsatz belegt werden. Allerdings hat Levy, unter dem Beifall Wlassaks,[3] versucht, den Eingangsworten eine andere Deutung zu geben. Er meint, Gaius habe nicht *eine* Formel im Auge, die, sonst nirgends erhört, zwei condemnationes in sich vereinige; er wolle nur sagen, daß die ja bei verschiedenen Tatbeständen zuständige redhibitoria bei mindestens einem dieser Tatbestände eine condemnatio in duplum vorgesehen habe (man würde dabei an den Fall der Verweigerung der stipulatio duplae denken dürfen, unten S. 562), bei andern, insbesondere im Fall von Sachmängeln, eine solche in simplum. Allein diese Deutung ist m. E. sprachlich unmöglich, und Levy (a. a. O. 140) irrt, wenn er sich für sie auf den sonstigen Sprachgebrauch des Gaius berufen zu können glaubt. Wenn Gai. IV, 91 die in rem actio als duplex bezeichnet — aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem —, so ist *diese* Duplizität eine Eigenschaft, die in der Tat „die", d. h. jede actio in rem besitzt; wenn er aber der redhibitorischen Formel wirklich eine duplex condemnatio zuschriebe, so wäre dies umgekehrt eine Eigenschaft, die sich bei keiner einzigen redhibitoria findet, es sei denn, daß man bei meiner früheren Rekonstruktion stehenbliebe. Und wenn Gai. I, 54 mit Rücksicht auf die Möglichkeit zivilen und bonitarischen Eigentums von einem duplex dominium bei den Römern spricht, und

[1] Ihm haben sich seither, in Einzelheiten allerdings von ihm abweichend u. a. angeschlossen: Haymann, Haftung des Verk. (1912) 24f., 33f., Biondi, studi sulle act. arb. I (1913) 119f., Levy, Konk. d. Akt. I, 138f. (1918), Wlassak, Judikationsbefehl (1921) 153f. Dagegen wieder Vincent, a. a. O. 93f.

[2] Vgl. schon Pernice, Labeo II², 249⁶, Biondi, studi I, 121f., Levy, Konk. I, 138f., Wlassak, Judikationsbefehl 153f. Noch andere, m. E. minder durchschlagende Verdachtsgründe s. bei diesen Schriftstellern.

[3] S. die vorige Note.

Gai. IV, 51 von einer duplex significatio der condemnatio incerta, so weist er damit lediglich auf die zwiefache Verwendung der Begriffe und Ausdrücke hin; er hätte in gleichem Sinne auch sagen können: redhibitoria actio duplex oder multiplex est, niemals aber duplicem habet condemnationem. Streicht man nun nach alledem als unecht Eingang und Schluß des fr. 45, und nimmt man, was auch ich für höchst wahrscheinlich halte, an, daß bei Verweigerung der stipulatio duplae die redhibitoria eine condemnatio in duplum hatte, so bleiben von dem Inhalt des fr. 45 nur zwei unanfechtbare und unauffällige Sätze übrig, die Gaius gelegentlich der letzteren Anwendung der redhibitoria geschrieben haben wird: daß die condemnatio der redhibitoria bald in duplum bald in simplum gehe, und daß in casu — nämlich in dem erwähnten Anwendungsfall — ersteres der Fall sei. Die redhibitoria bei Sachmängeln aber, von der nirgends sonst bezeugt ist, daß sie in duplum gegangen sei,[1] wird eine condemnatio in simplum besessen haben. Woher die Einschiebsel in fr. 45 rühren, ob von unüberlegter Aufnahme ungeschickter Glossen, oder von bewußtem Eingriff der Kompilatoren, kann hier dahingestellt bleiben.[2]

Rückwärts standen vor der negativen Kondemnationsbedingung, die die Verpflichtungen des Verkäufers enthält, zweifellos, als positive Kondemnationsbedingung, diejenigen Formelteile, in denen die Gegenverpflichtungen des Käufers zum Ausdruck kamen. Denn Ulp. 1 fährt in fr. 25 § 10 h. t. fort:

> Ordine fecerunt aediles, ut ante uenditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur.

Und damit stimmt auch Ulpians vorausgehender Kommentar. In fr. 23 § 9 handelt er von dem Satz:

> si quid ad emptorem peruenit [uel culpa eius non peruenit], restitui oportet,

in fr. 25 pr.–§ 7 von dem weitern:[3]

> si quid post uenditionem traditionemque[4] deterius emptoris opera[5] familiae procuratorisue[6] eius factum erit,[7] . . . ut . . . restituat.[8]

Ohne Zweifel waren demnach alle im Edikt aufgestellten Verpflichtungen des klagenden Käufers auch in der Formel aufgezählt, was Ulp. 1 h. t. 25 § 8 direkt bestätigt:[9]

[1] Keineswegs kann in fr. 31 pr. und 23 § 8 h. t. mit Karlowa, RG II, 1296, eine Bestätigung des Berichts des fr. 45 cit. gefunden werden. Wenn es in diesen Stellen heißt, der Verkäufer, der auf Rückgabe des zu redhibierenden Sklaven verzichte, dürfe nicht auf mehr als den Betrag des Preises verurteilt werden, so ist der dem Juristen vorschwebende Gegensatz nicht die Verurteilung auf das Doppelte, sondern die auf den Preis neben Ersatz gewisser vom Käufer gemachter Auslagen. Dies ergibt der Zusammenhang. (Irrig, Karlowa folgend, éd. perp. II, 307 n. 2).

[2] Vermutungen bei Wlassak, a. a. O. 157, und (weniger wahrscheinlich) Biondi, a. a. O. 131.

[3] Vgl. das Edikt in h. t. 1 § 1.

[4] h. t. 25 pr.

[5] h. t. 25 § 5.

[6] h. t. 25 § 1–4.

[7] Deterius factum erit: h. t. 25 § 6.

[8] h. t. 25 § 7.

[9] Ebenso auch fr. 57 pr. h. t.: non aliter ei uenditor daturus est, quam si omnia praestiterit, quae huic actioni continentur. Vgl. auch (3. 5) 34 [35] § 2.

Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. ceterum post iudicium acceptum tota causa *quod* (*Mo.*) ad hominem restituendum in iudicio uersatur[1] . . .

Fragt man nun, wie die Ädilen diese Verpflichtungen des Klägers formuliert haben mögen, so liegt es auf der Hand, daß es nicht angeht, sie mit Rudorff (EP 262) als Stück der intentio zu denken. Rudorff formuliert: *S. p. mancipium q. d. a.... in causa redhibitionis esse ... idque mancipium N° N° redhibitum esse* rel. Wäre dies richtig, so hätte man, um mit der redhibitoria zu siegen, bereits im Moment der Litiskontestation den Verkäufer völlig befriedigt haben müssen und hätte dann abwarten mögen, was man nach erstrittenem Sieg von ihm erlangen konnte. Vielmehr ist klar, daß der Käufer nicht vor dem iudicium, sondern im iudicium officio iudicis zu redhibieren hatte:[2] die Reihe seiner Verpflichtungen gehört in die Restitutionsklausel, die sich also von allen sonst bekannten dadurch unterscheidet, daß sie Leistungen nicht bloß des Beklagten, sondern auch des Klägers zum Gegenstande hat. Die Quintessenz der Anweisung an den Judex ist einfach die: „wenn du den Redhibitionsanspruch begründet findest und Kläger arbitrio tuo redhibiert, Beklagter aber arbitrio tuo nicht restituiert,[3] so u.s.w."

Sehen wir zunächst von der intentio, in welcher der Redhibitionsanspruch zur richterlichen Prüfung gestellt wird, ab, so kann folgende Rekonstruktion der Formel (Restitutionsklausel und Kondemnation) in allem wesentlichen als sicher gelten:

... si arbitratu iudicis[4] *is homo N° N° redhibebitur quodque ex eo post uenditionem adquisitum*[5] *est*[6] *quodque in uenditione ei accessit siue quid ex ea re fructus peruenit*[7] *ad A^m A^m siue quid post*

[1] Die weiter folgenden Sätze, die für unsern Zweck außer Betracht bleiben können, sind Glossem oder Interpolation. Levy, SZ 36, 53[1]. Gegen Beseler III, 126f. s. Levy a. a. O. Gegen Biondi, studi I, 146f., der das Einschiebsel bei ceterum beginnen läßt, ist für mich entscheidend der Inhalt von Ulpians Formelkommentar.

[2] Das ist keine bloße Vermutung, sondern gewiß, auch quellenmäßig gewiß. Vgl. die Stellen der n. 4.

[3] Diese Fassung der Klausel war so selbstverständlich geboten, daß sie einer besonderen Erklärung nicht bedarf; ich weiß nicht, wie Vincent, a. a. O. 91, zu der Meinung gekommen ist, daß „Lenel desespère d'en rendre compte".

[4] Diese Worte haben sicher nicht gefehlt; das arbitrium iudicis wird von den Juristen in energischster Weise betont — h. t. 23 pr., 25 § 8, 29 § 3, 31 § 13, 43 § 9 — und spielt auch an sich in unserm iudicium eine so ausgedehnte und vielseitige Rolle, daß man kaum annehmen darf, es habe sich ohne positiven Anhalt in der Formel zu solcher Bedeutung entwickelt. Vgl. z. B. h. t. 21 § 1-3, 23 § 8, 26, 30 pr. § 1, 31 pr. § 13, 58 pr. § 1, (47. 2) 17 § 2.

[5] Ulp. 1 h. t. 31 § 2-4. Das Edikt hat natum adquisitum: ersteres Wort wurde natürlich nur bei Redhibition einer ancilla hinzugefügt, Ulp. 1 h. t. 31 § 2. Die Kompilatoren scheinen den Kommentar Ulpians zu dieser Klausel aus seiner ursprünglichen Ordnung gerissen zu haben. Er folgt in den Digesten erst hinter dem zur condemnatio.

[6] „Est", nicht erit und so auch weiterhin „peruenit" usf.: h. t. 25 § 8, 31 § 13.

[7] Ulp. 1 h. t. 23 § 9, Paul. 1 eod. 30 pr., 43 § 5. Das „uel culpa eius non peruenit"

uenditionem traditionemque deterior A^i A^i *opera familiaeue procuratorisue eius factus est,*[1] *ea omnia* N^o N^o *restituentur,* ET[2] QUANTA PECUNIA PRO EO HOMINE SOLUTA ACCESSIONISUE NOMINE DATA ERIT, NON REDDETUR, CUIUSUE PECUNIAE QUIS EO NOMINE OBLIGATUS ERIT, NON LIBERABITUR, *quanti ea res erit,*[3] *tantam pecuniam iudex* N^m N^m A^o A^o *c. s. n. p. a.*

Das hier rekonstruierte Formelstück bleibt bei allen redhibitorischen Aktionen wesentlich gleichlautend; was sie voneinander unterscheidet, ist die intentio und bei der unten unter 5. zu besprechenden, die condemnatio. Von den möglichen Intentionen sind zwei annähernd wortgetreu wiederherzustellen. Die eine lautete:

> *Si paret homini q. d. a. quem* A^s A^s *de* N^o N^o *emit,*[4] *morbi (uitii) quid cum ueniret fuisse,*[5] *(quod* N^s N^s *aduersus edictum illorum aedilium non pronuntiauit)* . . .

Diese intentio umfaßte alle Fälle der Redhibition wegen nicht angezeigter Mängel. Die zweite intentio[6] ist folgende:

> *Si quem hominem* A^s A^s *de* N^o N^o *emit, eum paret aduersus quod dictum promissumue fuit cum ueniret fuisse,*[7] *quod eius praestari oportet,*[8] . . .

Eine dritte intentio wird auf Grund des am Schlusse des oben behandelten Edikts genannten Falls anzunehmen sein, und weitere werden uns unten noch begegnen.

An alle diese Intentionen nun schloß sich ungezwungen zunächst die exceptio temporalis an:

> *neque plus quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit.*[9]

Und hierauf folgte sofort die Restitutionsklausel „*tum si arbitrio iudicis is homo redhibebitur*" rel.

Die hier nachgewiesene Formel kann nun mancherlei Modifikationen erleiden, mit denen sich, soweit sie eine spezielle Erläuterung forderten,

in h. t. 23 § 9 ist (s. das Edikt) ohne Zweifel Interpolation.

[1] Ulp. 1 h. t. 25 pr.-§ 7. Die Reihenfolge der Restitutionsobjekte ist nach Ulpians Kommentar in der Formel eine andere als im Edikt (wo das dort letztgenannte voranstand): wahrscheinlich deswegen, weil das „*siue quid* usw." an ein vorhergehendes „quod" angehängt werden mußte.

[2] Ulp. 1 h. t. 25 § ult., Gai. 1 h. t. 26, Paul. h. t. 57 pr.

[3] Ulp. 1 h. t. 29 § 2.

[4] Paul. 1 h. t. 43 § 9. 10.

[5] Pomp. h. t. 48 § 7. Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno uitio agere et praedicere . . . Vgl. Karlowa, RG II, 1295. In der 1. Aufl. nahm ich als intentio an: si . . . eum paret in ea causa fuisse, ut redhiberi debeat. Diese Formulierung würde alle Fälle des Edikts umfaßt haben, stimmt aber in ihrer Vagheit nicht zu fr. 48 § 7. Daß der obigen intentio noch angefügt gewesen sei: ita ut ex edicto redhiberi debeat (so éd. perp. II, 309) — vgl. Ulp. 1 h. t. 31 § 7. 11, Paul. h. t. 58 pr. (si seruus in causa redhibitionis esse pronuntiatus fuerit), Ulp. eod. 59 pr. —, glaube ich nicht mehr. Der Zusatz war überflüssig, und die in fr. 58 pr. cit. erwähnte pronuntiatio braucht man sich nicht an ein Formelstück angeknüpft zu denken.

[6] Auf sie bezieht sich Ulp. 1 h. t. 31 § 1.

[7] h. t. 47 pr., 52, 64 § 1 ict. 1 § 1 Fuisse, nicht esse: es kommt auf den Zeitpunkt des Verkaufs, nicht der Litiskontestation an.

[8] Vgl. h. t. 1 § 1, 19 pr. § 1.

[9] h. t. 55, vgl. h. t. 19 § 6, 48 § 2.

Ulpian in fr. 31 § 5–15 h. t. beschäftigt;[1] dahin gehört z. B. der Fall, wo Käufer oder Verkäufer unter Hinterlassung mehrerer Erben sterben, der Fall, wo der zu redhibierende Sklave beim Käufer gestorben ist,[2] u. a. m.

Exzeptionen betreffend vgl. h. t. 14 § 9, 48 § 4, 51 § 1.

3

Von der Formel der actio quanto minoris[3] ist uns (für einen ihrer Anwendungsfälle) bei Gell. N. A. IV, 2, 5 ein Stück überliefert. Gellius zitiert daselbst aus Cälius Sabinus de edicto aedilium curulium folgende Stelle:

> potest . . ., qui uitiosus est, non morbosus esse . quamobrem, cum de homine morboso agetur, neque . . . ita dicetur „quanto ob id uitium minoris erit".

Cälius Sabinus ist hier nicht ganz genau; die actio wurde nachweislich verheißen und gegeben auf „quanto . . . id mancipium, cum ueniret, minoris fuit".[4] Interessant bleiben aber in jenem Bericht die Worte *ob id uitium.*[5] Sie beweisen, daß die intentio der actio quanto minoris ähnlich spezialisiert war wie die der actio redhibitoria. Auch hier darf man sich aber die Spezialisierung der intentio nicht so weit getrieben denken, daß der Ädil etwa die Bezeichnung des einzelnen Mangels in sie aufgenommen hätte: auf diese Weise hätte in der Gewährung der Formel eine Vorentscheidung über die Erheblichkeit des Mangels gelegen, die von den Ädilen sicherlich nicht beabsichtigt sein konnte, soweit nicht schon ihr Edikt selbst spezialisiert hatte. Sie werden sich begnügt haben, etwa zu sagen:

> *S. p. homini q. d. a., quem A^s A^s de N^o N^o emit, uitii quid, cum ueniret, fuisse*[6] . . . *neque plus quam annus*[7] *est, cum experiundi potestas fuit, quanto*[8] *ob id uitium is homo, cum ueniret, minoris fuit,*[9] *tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*

[1] Vgl. auch Paul. 1 h. t. 30 § 1.

[2] Hier scheint die Frage, an is homo Ai Ai opera familiae*ue* procuratorisue eius demortuus sit, in der Formel irgendwie zur Untersuchung gestellt gewesen zu sein. Vgl. h. t. 31 § 11–15, 48 pr.

[3] Verunglückt ist hier Rudorffs Rekonstruktion (EP 263): sie weist den Judex an, den Beklagten auf den Minderwert des Sklaven zu verurteilen, ohne die Berechtigung des klägerischen Begehrens irgendwie zur Untersuchung zu stellen. Der Name aestimatoria actio gehört, dies sei hier gelegentlich bemerkt, ebensowenig dem Edikt an, wie der der redhibitoria, arg. h. t. 18 pr., 43 § 6.

[4] (44. 2) 25 § 1 vgl. h. t. 38 pr. A. M. Karlowa, RG II, 1298f. Historisch will die Differenz erklären Vincent, a. a. O. 213f. Er glaubt (211 f.), daß die a° q. m. im Edikt über den Sklavenkauf weder verheißen noch proponiert war. Ihre Erwähnung in fr. 31 § 16 h. t. — unmittelbar nach Abschluß des Kommentars zur redhibitoria — spricht m. E. sehr entschieden gegen diese Meinung.

[5] Vgl. dazu h. t. 31 § 16, (21. 2) 32 § 1.

[6] Hier ist etwa einzufügen: *quod N^s N^s aduersus edictum illorum aedilium non pronuntiauit.* Die genauere Fassung der intentio ist aber nicht zu ermitteln.

[7] h. t. 19 § 6, 48 § 2, C. h. t. 2.

[8] Die Bezeichnungen quanto und quanti wechseln ab; vgl. einerseits z. B. (44. 2) 25 § 1, h. t. 47 pr., (21. 2) 32 § 1, andererseits z. B. h. t. 18 pr., 19 § 6, 31 § 16, 43 § 6, C. h. t. 2, endlich h. t. 38 § 13, wo sich beide Kasus finden.

[9] Rudorff setzt „fuerit", welches Tempus in das Edikt (s. h. t. 38 pr.), aber eben deshalb nicht in die Formel paßt.

Eventuell:

s. p. . . . morbi quid . . . fuisse . . ., quanto ob eum morbum . . .

oder

s. p. . . . fugitiuum fuisse . . ., quanto ob eam rem . . .

u. dgl. m. Mit diesem an die Ediktworte sich anschließenden Grad der Spezialisierung stimmt auch die Ausdrucksweise in fr. 31 § 16 h. t., fr. 32 § 1 (21. 2).

4

Ulp. 1 h. t. 31 § 17:

In factum actio competit ad pretium reciperandum, si mancipium redhibitum fuerit: in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum . . .: nec de tempore quaeretur, an intra tempora redhibitus esse uideatur.

Hier lautet demnach die intentio kurzweg:

Si quem hominem A^s A^s de N^o N^o emit, eum paret N^o N^o redhibitum esse.[1]

Die exceptio temporalis fiel weg. Von der Restitutionsklausel blieb nur der die Pflichten des Beklagten angehende Teil stehen.[2] Die condemnatio lautete nach Ulpians Bericht in simplum.

5

Gai. 1 h. t. 28:

Si uenditor de his, quae edicto aedilium continentur, non caueat, pollicentur aduersus eum redhibendi iudicium intra duos menses uel quanti emptoris intersit intra sex menses.

Ulp. 32 (21. 2) 37 § 1:

Quod autem diximus duplam promitti oportere[3] . . .: per edictum autem curulium etiam de seruo cauere uenditor iubetur.

M. E. verlangen die Ädilen von dem Verkäufer hiernach ein Doppeltes:

1. Kaution für die Abwesenheit der nicht angezeigten Mängel und das Vorhandensein der zugesagten Vorzüge, d. h. einfach: *sanum, furtis noxaque solutum esse, fugitiuum non esse* usw., nicht etwa Versprechen des Doppelten für den Fall des Gegenteils.[4] Für letztere Annahme gewähren die Quellen keinen Anhalt;[5] für erstere Fassung sprechen übereinstimmende Zeugnisse[6] und namentlich auch die urkundliche Überlieferung der Siebenbürgischen Wachstafeln (s. unten § 296). Ein Beispiel der Fassung in duplum ist uns nicht erhalten.

[1] Ulp. 1 fr. 31 § 18 h. t.

[2] In EP[1] und EP[2] nahm ich an, es sei zu Lasten des Klägers noch das *si quid in uenditione ei (homini) accessit, N^o N^o restituetur* stehengeblieben. Dafür berief ich mich auf Ulp. 1 h. t. 31 § 19, wo aber die Worte per hanc actionem etiam augenscheinlich unecht sind. Biondi, studi I, 151.

[3] Scil.: si res euicta fuerit (fr. 37 § 2 cit.).

[4] S. auch Windscheid, Pand. § 394 n. 17, und Eck, a. a. O. 33.

[5] Auch Theophil. inst. III, 18 § 2 bezeichnet das Versprechen des duplum nur als eine Möglichkeit, nicht einmal als üblich. Anders Karlowa, RG II, 1293 f. S. unten S. 567.

[6] (21. 2) 31 i. f., 32 pr., C. (4. 49) 14, D. [h. t. 32.

2. Stipulatio duplae[1] für den Fall der Eviktion: davon handelt Ulp. in fr. 37 § 1 (21. 2).

Da nun aber beide Stipulationen in ein Formular zusammengefaßt waren (s. § 296), so führt das Ganze den Namen stipulatio duplae; und daher erklärt sich, daß Paulus in fr. 58 § 1 h. t. von einer Klage de pretio redhibiti serui (also auf das Einfache) redet, die er gleichwohl als aus der stipulatio duplae abfließend bezeichnet. Auf die duplae stipulatio in diesem umfassenden Sinn geht auch Ulp. 1 h. t. 31 § 20:

> Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam uenditor mancipii non caueat . . .

Das Stipulationsformular selbst war erst am Schlusse des ädilizischen Edikts proponiert. Die Formeln der von Gaius l. c. bemeldeten Aktionen sind nicht überliefert. Die intentio lautete wohl:

> *S. p. N^m N^m . . . non cauisse*[2] *neque plus quam duo* (*sex*) *menses sunt* rel.

Im weitern ist hinsichtlich der redhibitoria auf die oben rekonstruierte Formel zu verweisen,[3] nur daß wir hier eine condemnatio in duplum anzunehmen haben werden (s. S. 557 f.); die aestimatoria aber ging hier anscheinend auf *quanti ea res erit,*[4] und gewiß nicht, wie Rudorff will, auf *quanti A^i A^i interest N^m N^m non cauisse.* Zu vermuten steht, daß die Formel durch Restitutionsklausel dem Beklagten die Möglichkeit eröffnete, noch während des Prozesses die Kaution nachzuholen.[5]

6

Ulp. 1 h. t. 31 § 21:

> Qui mancipia uendunt, nationem cuiusque in uenditione pronuntiare debent . . . quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori omnibusque ad quos ea res pertinebit dabitur, per quod emptor redhibet mancipium.[6]

Vgl. C. I. L. III, 941 (s. unten § 296):

> Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum . . . natione Graecum . . .

7

Ulp. 1 h. t. 31 § 22. 23:

> Si quid ita uenierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conuentio rata habetur: si autem de tempore nihil

[1] Simplae nur auf Grund besondern Verzichts des Käufers: Varro de r. r. II, 10 § 5.

[2] neque per A^m A^m stetisse, quo minus caueretur? Eck, a. a. O. 41.

[3] Cf. Ulp. 1 h. t. 31 § 24.

[4] d. h. wahrscheinlich auf das aus dem Mangel der Stipulation hervorgehende préjudice éventuel *maximum.* So Vincent, a. a. O. 197 gegen EP², das sich an Bechmann, Kauf I, 406¹, anschloß. Die Bedenken Bechmanns gegen die Authentizität der Digestenüberlieferung kann ich nicht als entscheidend ansehen.

[5] Das ist an sich wahrscheinlich. Der Schluß aus der angeblichen Interpolation in (45. 1) 5 pr. a. E. ist mir nicht sicher genug, um dieser Wahrscheinlichkeit gegenüber aufzukommen. A. M. Biondi, studi I, 151.

[6] Ulp. 1 h. t. 31 § 24.

conuenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum . . . Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium dabitur.

Cf. fr. Vat. 14:

. . . iudicium ab aedilibus in factum de reciperando pretio mancipii redditur, quod displicuisse proponitur.[1]

Die Fassung muß, bis auf das Vorhandensein der gewöhnlichen Restitutionsklausel — cf. Ulp. 1 h. t. 31 § 24 —, dahingestellt bleiben.

8

Gai. 2 h. t. 32:[2]

. . . sicut superius uenditor de morbo uitioue et ceteris quae ibi comprehensa sunt praedicere iubetur, et praeterea in his causis non esse mancipium ut promittat praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere et promittere compellitur . . .

Paul. 2 h. t. 44 pr. mit dem befremdlichen Eingang:

Iustissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere . . .

lasse ich, weil unzweifelhaft unecht,[3] außer Betracht.

9

Ulp. 1 h. t. 37:

Praecipiunt aediles, ne ueterator pro nouicio ueneat[4] . . . si quid ignorante emptore ita uenierit, redhibebitur.[5]

10

Paul. 2 h. t. 44 § 1:

Proponitur actio ex hoc edicto in eum, cuius maxima pars in uenditione fuerit, quia plerumque uenaliciarii ita societatem coeunt, ut, quidquid agunt, in commune uideantur agere: aequum enim aedilibus uisum est uel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere . . .: nam id genus hominum ad lucrum [potius] uel turpiter faciendum pronius est.

Rudorff faßt dies Fragment als Kommentar zu dem Edikt des fr. 1 § 1 h. t. (EP § 310[9]) und schiebt demgemäß in dies Edikt vor die Worte *iudicium dabimus* die Worte ein: *in eum cuius maxima pars in uenditione fuit.* Offenbar aber haben wir es hier vielmehr mit einem besondern Edikt aduersus uenaliciarios zu tun, wie, ganz abgesehen vom Inhalt, schon daraus hervor-

[1] S. auch noch C. h. t. 4.

[2] Vgl. Ulp. 1 h. t. 31 § 25, 33, 35, Paul. 2 h. t. 44 pr.

[3] Haymann, Haftg. des Verk. I, 74, Beseler III, 52. Anders noch EP².

[4] Vgl. Venulei. h. t. 65 § 2, Quinctil. instit. orat. VIII, 2 § 8: accipimus . . . „uenales" nouicios.

[5] Die Stellung dieses Edikts, wie sie sich aus der Ordnung in Ulpians Kommentar ergibt, ist auffallend: man möchte es am liebsten gleich zu dem ersten stellen. Allein das ädilizische Edikt ist überhaupt in den Einzelheiten nicht systematisch geordnet.

geht, daß Paulus es erst lib. 2 erörtert, während das Edikt des fr. 1 § 1 bei ihm im ersten Buche figuriert.[1] Auch scheinen Ediktworte nicht die von Rudorff rezipierten, sondern die oben hervorgehobenen zu sein.

11

Ulp. (9. 2) 27 § 28:

... si puerum quis castrauerit et pretiosiorem fecerit,[2] ... iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium [aut][3] in quadruplum.

Das hier erwähnte Edikt wird eine populare actio poenalis angeordnet haben.[4]

12

Paul. 2 (50. 16) 74:

Signatorius anulus „ornamenti" appellatione non continetur.

Die Stelle läßt ein uns verlorenes Edikt „de ornamentis mancipiorum" vermuten, und diese Vermutung wird bestätigt dadurch, daß Ulp. 44 ad Sab. (34. 2) 25 § 10 in einer Erörterung, die sich ebenfalls an das ädilizische Edikt anknüpft, den gleichen Satz wiederholt.[5]

§ 294. *DE IUMENTIS UENDUNDIS*

Ulp. 2.[6]

Ulp. 2 h. t. 38 pr. § 5:

Aediles aiunt: QUI IUMENTA[7] UENDUNT, PALAM RECTE DICUNTO, QUID IN QUOQUE EORUM MORBI UITIIQUE[8] SIT,[9] UTIQUE OPTIME ORNATA UENDENDI CAUSA[10] FUERINT, ITA EMPTORIBUS TRADANTUR[11]. SI QUID ITA FACTUM NON ERIT, DE ORNAMENTIS RESTITUENDIS IUMENTISUE ORNAMENTORUM NOMINE REDHIBENDIS[12] IN DIEBUS SEXAGINTA, MORBI AUTEM UITIIUE CAUSA INEMPTIS FACIENDIS IN SEX MENSIBUS, UEL QUO MINORIS CUM UENIRENT FUERINT,[13] IN ANNO IUDICIUM DABIMUS. SI IUMENTA PARIA SIMUL UENIERINT ET ALTERUM IN EA CAUSA FUERIT, UT REDHIBERI DEBEAT, IUDICIUM DABIMUS, QUO UTRUMQUE REDHIBEATUR.[14] (§ 5) QUAE DE IUMENTORUM SANITATE DIXIMUS, DE CETERO QUOQUE PECORE OMNI UENDITORES FACIUNTO.

[1] Über die ganze Frage vgl. die Diss. von Cohén, l. 44 § 1 de aedil. ed. (1892); die im Text ausgesprochene Ansicht ist m. E. durch Cohén nicht widerlegt.

[2] Vgl. C. (6. 43) 3 § 1. Damit steht fr. 38 § 7 h. t. (sunt quaedam, quae in hominibus morbum faciunt, in iumentis non adeo, ut puta si mulus castratus est) natürlich nicht in Widerspruch. Man beachte übrigens, daß im Kommentar zu dem Wort morbus (in fr. 1 § 1) zwar der spado, nicht aber ausdrücklich der castratus erwähnt wird, vgl. h. t. 6 § 2, 7.

[3] Aut fehlt in den Basiliken (Heimb. V, 297): *καὶ τῷ παραγγέλματι τῶν ἀγορανόμων εἰς τὸ τετραπλοῦν.*

[4] Ganz anders Karlowa, RG II, 1301. Andere hierhergehörige gesetzgeberische Maßregeln betr. vgl. (48. 8) 4 § 2, 5, 6. Siehe ferner Sueton. Domitian. c. 7, Quinctil. instit. or. V, 12 § 17, Amm. Marc. 18, 4 § 5 u. a. m.

[5] Vgl. Paling. II, 1177 n. 6. Zustimmend Cohén, a. a. O. 15, Bremer, iurispr. antehadr. II, 546.

[6] h. t. 38, 40 pr.

[7] Ulp. 2 h. t. 38 § 4-6.

[8] Ulp. 2 h. t. 38 § 7-9.

[9] Von dicta und promissa war in diesem Edikt nicht die Rede: arg. Ulp. 2 h. t. 38 § 10.

[10] Ulp. 2 h. t. 38 § 11.

[11] Zur Lesart *tradantur* vgl. den Apparat bei Mommsen, der selbst *tradentur* liest und (nach Haloander) *traduntor* vermutet.

[12] Ulp. 2 h. t. 38 § 12.

[13] Ulp. 2 h. t. 38 § 13.

[14] Ulp. 2 h. t. 38 § 14, 40 pr.

Die redhibitorischen und ästimatorischen Formeln aus diesem Edikt entsprachen wohl durchaus denjenigen aus dem Edikt de mancipiis.[1] Es waren deren im ganzen vier: die actio redhibitoria propter morbum uitiumue, die actio quanto minoris propter morbum uitiumue, die actio de ornamentis restituendis,[2] die actio de iumentis ornamentorum nomine redhibendis[3] (letztere beide doch wohl als getrennte Aktionen zu denken).

Kommentare zu den Formeln liegen nicht vor; doch ist ein Stück der intentio der beiden letzterwähnten in fr. 38 § 11 h. t. überliefert:

> . . . cum de ornamentis agitur, in *formula*[4] adiectum est: UENDENDI CAUSA ORNATA DUCTA ESSE.

§ 295. *DE FERIS*

Ulp. 2,[5] Paul. 2.[6]

Ulp. 2 h. t. 40 § 1, 42:

> Deinde aiunt aediles: NE QUIS CANEM, UERREM [UEL MINOREM],[7] APRUM, LUPUM, URSUM, PANTHERAM, LEONEM,[8] (fr. 42) QUA UOLGO ITER FIET, ITA HABUISSE UELIT, UT CUIQUAM NOCERE DAMNUMUE DARE POSSIT.[9]

Hier hört das Zitat auf und beginnt ein, dem Ediktwortlaut sich übrigens eng anschließendes Referat:[10]

> si aduersus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, *sestertiorum ducentorum milium,*[11] si nocitum homini libero esse dicetur,[12] quanti bonum aequum iudici uidebitur, condemnetur,[13] ceterarum rerum, quanti damnum datum factumue sit, dupli.

[1] A. M. hinsichtlich der redhibitoria Vincent, a. a. O. 273, dem ich nicht beizutreten vermag.

[2] Diese ohne Zweifel arbiträr mit Kondemnation auf quanti ea res erit. Anders jedoch Rudorff, EP § 311.

[3] Hier nach dem richtig verstandenen Edikt keine actio quanto minoris, auch keine auf das Interesse, wie Rudorff, EP § 311, ohne allen Anhalt in den Quellen annimmt.

[4] *Dig.* et in actione et in edicto. Die Interpolation ist offenbar. Das Edikt hat die zitierten Worte nicht; auch paßt das „in edicto adiectum est" nicht zu dem vorausgehenden „cum . . . agitur". Anders Karlowa, RG II, 1299, der vermutet: et in actione ut in edicto.

[5] h. t. 40 § 1, 42.

[6] h. t. 41.

[7] uel maialem *scr.?* So Huschke, zur Pandektenkritik 52. Aber diese Worte scheinen vielmehr nur eine Abschreibernotiz zu sein, vgl. Scialoja, bull. 13, 75 f. Schon das „uel" ist ganz sicher nicht ediktal. Das sch. 25 in Bas. 60, 2, 1 (Heimb. V, 259) hat das „uel minorem" nicht.

[8] Hier ist in den Digesten Paul. 2 h. t. 41 eingeschoben:

> et generaliter aliudue quod noceret animal, siue soluta sint siue alligata, ut contineri uinculis, quo minus damnum inferant, non possint.

Bruns in den fontes hat richtig erkannt, daß diese früher allgemein als Ediktwortlaut angeführten Worte bloße Interpretation sind. Von anderm abzusehen: was sollte im Edikt das „siue soluta sint usw." neben dem in fr. 42 h. t. überlieferten „ita habuisse uelit, ut cuiquam nocere damnumue dare possit"? Vgl. auch das Referat in § 1 I. (4. 9).

[9] Bei Paul. sent. I, 15 § 2 wird das obige Verbot dem Prätor zugeschrieben; vermutlich ist der Text interpoliert.

[10] Es fehlt in dem Referat wohl nur die Angabe des je nachdem Klagberechtigten. Wlassak, Iud.befehl 163[42].

[11] *Dig.* solidi ducenti (*sic*).

[12] Vgl. Dernburg, Festg. f. Heffter 132.

[13] Im Edikt hieß es: iudicium dabimus, ut . . . condemnetur. Vgl. etwa (47. 12) 3 pr.

Vgl. I. (4. 9) § 1, Paul. sent. I, 15 § 2.

Die Formeln waren ohne Zweifel bloße Umschreibungen des Edikts.

§ 296. *STIPULATIO AB AEDILIBUS PROPOSITA.*[1]

Ulp. 2,[2] Paul. 2,[3] Gai. 2.[4]

Für die Rekonstruktion der von den Ädilen proponierten stipulatio duplae[5] gewähren den zuverlässigsten Anhalt die aus der Zeit des Antoninus Pius, also kurz nach der Publikation des Hadrianischen Albums, stammenden Urkunden,[6] die auf den Siebenbürgischen Wachstafeln erhalten sind, Urkunden, deren Übereinstimmung mit dem Formular des ädilizischen Edikts durch die Quellen in allen wesentlichen Punkten bestätigt wird.[7] Ich drucke im folgenden die Urkunde C. I. L. III, 940 (Bruns, fontes ed. VII, 329) unter Beifügung der Belege ab; zu ihrem Eingang sei bemerkt, daß die erfolgte Manzipation im ädilizischen Formular gewiß ebensowenig wie im ädilizischen Edikt erwähnt war; es ist umgekehrt wahrscheinlich, daß die ädilizische Stipulation, soweit sie den Eviktionsfall betraf, ihren Ausgangspunkt von denjenigen Käufen genommen hat, bei denen die Manzipation unterblieben war und daher die zivile auctoritas nicht stattfand.[8]

Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum, siue is quo alio nomine est, n(atione) Graecum, apocatum[9] pro uncis duabus, X̶ DC de Bellico Alexandri, f(ide) r(ogato) M. Vibio Longo.

[1] (21. 2) 31 i. f., 32 pr., 37 § 1, (45. 1) 5 pr., I. (3. 18) § 2. Wenn Vincent, a. a. O. 176 f., neben der stip. duplae noch andere ädilizische Stipulationen vermutet, so ist zwar nicht deren Vorkommen, wohl aber ihre Ediktsässigkeit durchaus zu bezweifeln.

[2] (21. 2) 55.

[3] eod. 35, 41, 56, (18. 1) 55, (21. 1) 44 § 2, (35. 2) 48.

[4] (21. 2) 57.

[5] Paul. 2 (21. 2) 56 pr.: Si dictum fuerit *in* uendendo, ut [simpla promittatur, uel] triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto . . . agi poterit. Beispiele von stipulatio simplae: C. I. L. III, 944, 959. Pap. Brit. Mus. nr. 229 (Hermes 32, 273 f.) lin. 7 f.

[6] Ganz anders Karlowa, RG II, 1292 f. Er leugnet, daß die ädilizische Stipulation sich mit dem Fall der Eviktion befaßt habe, hat aber den Inhalt der Kommentare (n. 2–4) unbeachtet gelassen, in denen weitläufig von der Eviktion die Rede ist. Gegen ihn auch Vincent, a. a. O. 169 f.

[7] A. M. mit Unrecht Huvelin, ét s. l. furtum I, 440, auch Vincent, a. a. O. 156 f. Zu Varros Zeit bestand wahrscheinlich schon dasselbe oder ein ähnliches Formular, vgl. de RR II, 10 § 5: in horum (seruorum) emptione solet . . . stipulatio intercedere sanum eum esse, furtis noxisque solutum, aut si mancipio non datur (*scr.:* si mancipio non datur, aut) dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. Vgl. eod. II, 2, 6. II, 5, 11. Die bei Plautus (Curc. IV, 2, 4 f., V, 2, 67 f., V, 3, 31 f.) vorkommenden Kautionen (sie machen den Eindruck, als ob sie dem Leben entnommen wären) sind dagegen abweichend formuliert. Die Urkunden aus dem 6. Jahrh. n. Chr. (bei Spangenberg, tab. neg. 236 f.) enthalten bei all ihrer Weitschweifigkeit doch noch mancherlei Reminiszenzen an das ädilizische Formular. Die ägyptischen Kaufurkunden liefern keine neuen Aufklärungen über unser Formular, bestätigen aber nicht selten die schon vor ihrer Entdeckung erzielten Ergebnisse. Besonders zu erwähnen ist die lateinische Urkunde Pap. soc. Ital. VI, nr. 729, weil sie einen Pferdekauf betrifft; auch ihr Inhalt entspricht den juristischen Quellen.

[8] Varro, de RR l. c. (s. n. 7). Vgl. oben S. 547 n. 2. Girard, mél. II, 218.

[9] Vgl. hierzu Appleton, studi Scialoja (1905) II, 503 f.

Eum puerum[1] sanum[2] traditum[3] esse, furtis noxaque solutum, erronem, fugitiuum,[4] caducum[5] non esse praestari,[6] et si quis eum puerum q. d. a. partenue[7] quam quis ex eo euicerit,[8] q(uo) m(inus) emptorem s(upra) s(criptum) eunue, ad q(uem) ea res pertinebit,[9] uti frui[10] habere possidereq(ue) recte liceat,[11] tunc, quantum id erit, quod ita ex eo euictum fuerit,[12] t(antam) p(ecuniam) duplam[13] pro(bam)[14] r(ecte) d(ari)[15] f(ide) r(ogauit) Dasius Breucos, d(ari) f(ide) p(romisit)[16] Bellicus Alexandri.

In der Urkunde tritt dieser Stipulation noch ein Bürge (Vibius Longus) bei und bescheinigt der Verkäufer den Empfang des Kaufpreises: im proponierten Formular stand beides nicht.[17]

Denuntiatio forderte, wie man sieht, die Siebenbürgische Stipulation vom Käufer nicht. Das Formular des Albums muß sie gefordert haben.[18]

[1] De fundo ex consuetudine regionis [pro euictione] cauetur (itp.): (21. 2) 6.

[2] (21. 1) 44 § 2, (21. 2) 16 § 2, 31, (30) 45 § 1.

[3] (21. 1) 44 § 2 i. f., vgl. (19. 1) 27, (21. 2) 61; 62 pr., Paul. sent. II, 17 § 2.

[4] Varro, de RR II, 10 § 5, Seneca, controu. VII, 6 (21) c. 23. D. (21. 2) 31, 32 pr., eod. 3, 11 § 1, (21. 1) 44 § 2, 46, 58 § 1, (30) 45 § 1.

[5] Dies Wort fehlte im ädilizischen Formular.

[6] (21. 2) 31, (50. 16) 200.

[7] Paul. 2 (21. 2) 56 § 2: partis adiectio necessaria est. Vgl. fr. 36 eod.

[8] Ulp. 2 (21. 2) 55, Paul. 2 eod. 35, 41 pr. § 1, 56 § 1. Fr. 21 § 1, 16 § 1 eod.

[9] Cf. (21. 1) 1 § 1.

[10] Cf. (21. 2) 43, 46 pr., Stellen, die aber ursprünglich nicht auf die stipulatio duplae gingen. S. auch fr. 49 eod.

[11] Gai. 2 (21. 2) 57, Paul. 2 eod. 41 § 2. Eod. 21 § 2, 24, 25, 34 § 1. 2, (45. 1) 38 pr. § 9.

[12] (21. 2) 13, 15 § 1. S. auch fr. 53 pr. eod., welche Stelle aber wahrscheinlich auf die satisdatio secundum mancipium geht. Vgl. oben S. 547 f. Über die Bedeutung des „quantum id erit" vgl. Rabel, Haftung des Verkäufers I, (1902) 135 f.

[13] Vgl. S. 567 n. 5.

[14] Cf. (12. 1) 40, (13. 7) 24 § 1, Plaut. Persa IV, 3, 57.

[15] Hier folgte im Formular die doli clausula. Vgl. (21. 2) 21 pr.

[16] Im Formular wohl: „*stipulatus est, . . . spopondit*", oder „*spondesne? spondeo*".

[17] Die Bürgschaft war von den Ädilen nicht vorgeschrieben: stipulatio duplae repromissio est, nisi si conuenerit, ut satisdetur. Ulp. (46. 5) 1 § 8, (21. 2) 37 pr. § 1, 56 pr. Auch in der Urkunde PSI VI, nr. 729 wird der Empfang des Preises bescheinigt.

[18] Ulp. 2 (21. 2) 55 § 1, Paul. 2 eod 56 § 4–7. Vgl. besonders fr. 29 § 2 eod.: non praefinitur certum tempus in ea stipulatione; fr. 37 § 2 eod.: si modo omnia facit emptor quae in stipulatione continentur. Daher erklärt sich im Pap. Brit. Mus. nr. 229 (Hermes 32, 273 f.) lin. 9 die Klausel: sine denuntiatione, ebenso BGU III, nr. 887 lin. 6: *χωρὶς παραγγελίας*.

Quellen

A. Vorjustinianische Quellen

B. Justinianische Quellen

1. Codex

2. Digesta

Seite

3. Institutiones

C. Byzantinische Quellen

Register

Die größern Ziffern bezeichnen die Seitenzahlen, die kleinern die Noten

Druck von Bernhard Tauchnitz in Leipzig